

# NUEVAS PAUTAS EN LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES EN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

(NEW GUIDELINES ON THE PROTECTION OF CONSUMERS IN  
ELECTRONIC COMMERCE)

VIRGINIA VEGA CLEMENTE

*Doctora en Derecho. Abogada*

**ÍNDICE: RESUMEN-SUMMARY.** 1. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS. 1.1. Planteamiento. 1.2. Principios que informan el comercio electrónico. 1.3. El consentimiento expreso en la contratación. 1.4. Información y ejecución del contrato.- 2. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES. 2.1. La acción de cesación. 2.2. Cesación en supuestos de violación de derechos relativos a datos de carácter personal.- 3. COMUNICACIONES COMERCIALES Y PUBLICIDAD. 3.1. Comunicaciones comerciales. 3.2. *Spamware y proveedores de servicios de spam*.- 4. CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA. 4.1. Condiciones generales. 4.2. Las cláusulas abusivas en la contratación electrónica.- 5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET Y OTRAS REDES.

## RESUMEN

La revolución tecnológica ha producido un gran cambio en la contratación y uno de los mayores cambios se ha producido en la contratación electrónica. El comercio electrónico permite realizar contratos relativos a la prestación de bienes y servicios con ventajas evidentes: mayor competitividad, reducción de costes y mayor celeridad en las relaciones comerciales. Se inspira en la protección de los consumidores. Existe una amplia variedad de normas sobre la *protección al consumidor* que regulan las actividades de los empresarios que distribuyen bienes y servicios en el mercado. La contratación electrónica puede plantear problemas en un mundo globalizado, de ahí que sea necesario definir el respeto a los derechos de los consumidores.

**Palabras claves:** Comercio electrónico, Consumidor, Derecho Mercantil.

**Clasificación JEL:** K29

## SUMMARY

The technological revolution has caused an enormous change in trading. One of the biggest changes has occurred in electronic trading. E-commerce allows the development of contracts for the provision of goods and services with obvious advantages: increased competitiveness, reduced costs and greater speed in trade relations. Electronic commerce is based on the protection of consumers. There is a wide variety of consumer protection laws that regulate the activities of entrepreneurs who distribute goods and services on the market. Electronic trading can pose problems in a globalized world, therefore it is necessary to define the respect for the rights of the consumer.

**Keywords:** Electronic commerce, Consumer, Commercial Law.

**JEL Classification:** K29

## 1. LA PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES Y USUARIOS

### 1.1. PLANTEAMIENTO

Una de las líneas evolutivas de los principios jurídicos que inspiran nuestro ordenamiento jurídico en materia de contratación viene caracterizada por una nueva tendencia preocupada por la tutela de los consumidores y usuarios,

totalmente ignorada en etapas anteriores<sup>1</sup>. En el comercio electrónico la protección de los consumidores se revela aun más trascendente para que esta modalidad contractual evolucione y se extienda como consecuencia de la necesidad de crear la confianza en esta práctica. La normativa del comercio electrónico supone el reforzamiento de dos principios: la protección de los intereses de los destinatarios de los servicios y el más tradicional principio de la protección de los intereses de los consumidores<sup>2</sup>. A tales fines, aparte de la legislación nacional<sup>3</sup> y una serie de directivas dictadas para la protección, con carácter general, de los consumidores y de la salud pública<sup>4</sup>, se ve la necesidad de incentivar la resolución de litigios en línea y otros procedimientos de protección, como la autorregulación, la corregulación, así como elaborar directrices para crear códigos de conducta.

Como indica la Resolución del Consejo de 19 de enero de 1999, sobre la dimensión de los consumidores en la Sociedad de la Información, para instaurar esa confianza, es necesario que exista un nivel de protección equivalente al que rige en las transacciones tradicionales, aplicándose a los nuevos productos y servicios los principios vigentes en materia de política de consumidores y, en especial, a recibir información suficiente, a una protección contra prácticas comerciales no solicitadas, incluida la publicidad, a la distribución equitativa de riesgos y responsabilidades y a la protección de la salud, la intimidad, los datos personales y la seguridad.

Por otro lado, para fomentar la autorregulación y los códigos de conducta, se lanzó en mayo de 2000 la iniciativa *eConfidence*, la cual pretende unir a los empresarios, los consumidores y la Comisión, para que juntos se fijen códigos de conducta y buenas prácticas y den directrices de comportamiento<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> VEGA VEGA, J. A., *Contratos electrónicos y protección de los consumidores*, Ed. Reus, Madrid, 2005, pág. 21.

<sup>2</sup> ARRANZ ALONSO, L., "Los contratos de comercio electrónico", en *Derecho de Internet. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico* (Coords. R. Mateu de Ros y M. López-Monís Gallego, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2003, pág. 202.

<sup>3</sup> Véase VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, Ed. Reus, Madrid, 2015, págs. 55 ss.

<sup>4</sup> La Directiva 2000/31 de CE enumera una serie de directivas que seguirán manteniendo el mismo nivel de protección anterior a la entrada en vigor de ésta.

<sup>5</sup> GONZÁLEZ-CALERO MANZANARES, F. R., *Aspectos Jurídicos del Comercio Electrónico, en especial la Protección de Datos, La Firma Electrónica y la Propiedad Intelectual*, 2ª Edición, Madrid, 2003, págs. 20 y ss.

El tratamiento legislativo en los primeros pasos del desarrollo tecnológico que propició el comercio electrónico hizo que, antes que nada, los diferentes legisladores –tanto comunitario como nacional– desarrollaran el mismo en torno a la figura del consumidor, incluso con anterioridad, cuando empezaron a realizarse transacciones mediante la denominada telecompra.

El contrato electrónico tiene su propia normativa específica cuando uno de los contratantes es un consumidor o usuario. El problema es determinar la norma aplicable al caso concreto: la normativa relativa al comercio electrónico o a la contratación a distancia<sup>6</sup>. La respuesta es clara, la norma a aplicar es la relativa al comercio electrónico, por ser más específica, y, en el caso de no regulación, se aplicará la normativa propia de la contratación a distancia.

La necesidad de protección de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico conlleva la exigencia de ciertos principios jurídicos que regulen las relaciones entre partes y que se asientan en derechos reconocidos a los destinatarios finales de los servicios de la sociedad de la información. Analicemos a continuación los más relevantes.

En el ámbito nacional, hay que destacar el Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Este Real Decreto Legislativo cumple con la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006<sup>7</sup>, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

---

<sup>6</sup> Vid. MORENO NAVARRETE, M. A., *DERECHO-e. Derecho del Comercio Electrónico*, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2002, pág. 102.

<sup>7</sup> Disposición final quinta de la Ley 44/2006: “*Habilitación al Gobierno para elaborar un texto refundido*. Se habilita al Gobierno para que en el plazo de 12 meses proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos.” La Ley 44/2006 de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, establece en su Exposición de Motivos, que la defensa de los consumidores, que se configura en el artículo 51 de nuestra Constitución como un principio rector de la política social y económica, debe ser garantizada por los poderes públicos. A dicho propósito responde esta Ley, en la que se introducen determinadas modificaciones en nuestra legislación sobre esta materia, por una parte, para dar cumplimiento a una reciente sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, por otra, para incorporar una serie de mejoras en la protección de los consumidores en una serie de ámbitos en los que se ha considerado necesario. Se refiere, en este sentido, a la sentencia de 9 de septiembre de 2004, recaída en el Asunto C-70/2003, por la que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas declaró que el Reino de España había incumplido las

Se integran en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias las normas de transposición de las directivas comunitarias que, dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios, inciden en los aspectos contractuales regulados en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y que establecen el régimen jurídico de determinadas modalidades de contratación con los consumidores.

obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. En concreto, el Tribunal de Justicia entiende que España no ha adaptado correctamente su Derecho interno a los artículos 5 y 6, apartado 2, de la citada directiva. La Directiva 93/13/CEE ha sido incorporada a nuestro Derecho interno mediante la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de Contratación, la cual, a través de su disposición adicional primera, modifica la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios. El incumplimiento que el Tribunal de Justicia considera que se ha producido en relación con el artículo 5 de la Directiva 93/13/CEE, obedece a que cuando dicho precepto establece la regla de interpretación más favorable a los consumidores de las cláusulas de los contratos celebrados por éstos, exceptúa las denominadas acciones de cesación del artículo 7,2 de la directiva. Sin embargo, cuando el artículo 10,2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y el artículo 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación incorporaron dicho principio a nuestro ordenamiento jurídico no incluyeron restricción alguna en relación con las acciones colectivas de cesación. Por esta razón, el Tribunal de Justicia ha considerado que no se ha tenido en cuenta la precisión recogida en la tercera frase del artículo 5 de la Directiva, cuando señala que la norma de interpretación favorable al consumidor no será aplicable en el marco de los procedimientos correspondientes a las acciones de cesación que establece el apartado 2 del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE. Como manifestó en la citada sentencia de 9 de septiembre de 2004 el Tribunal de Justicia, «la distinción que establece el artículo 5 de la directiva, en lo que atañe a la regla de interpretación aplicable, entre las acciones que implican a un consumidor individual y las acciones de cesación, que implican a las personas u organizaciones representativas del interés colectivo, se explica por la distinta finalidad de ambos tipos de acciones. En el primer caso, los tribunales u órganos competentes han de efectuar una apreciación *in concreto* del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato ya celebrado, mientras que, en el segundo caso, les incumbe efectuar una apreciación *in abstracto* del carácter abusivo de una cláusula cuya posible inclusión se prevé en contratos que todavía no se han celebrado. En el primer supuesto, una interpretación favorable al consumidor individualmente afectado beneficia inmediatamente a éste. En el segundo supuesto, en cambio, para obtener con carácter preventivo el resultado más favorable para el conjunto de los consumidores, no procede, en caso de duda, interpretar la cláusula en el sentido de que produce efectos favorables para ellos. De este modo, una interpretación objetiva permite prohibir con mayor frecuencia la utilización de una cláusula oscura o ambigua, lo que tiene como consecuencia una protección más amplia de los consumidores». A la vista de esta argumentación, se entiende necesaria la modificación de los artículos 10,2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 6 de la Ley sobre Condiciones Generales de Contratación, recogiendo la doctrina del Tribunal de Justicia, para matizar que el principio de interpretación favorable al consumidor de las cláusulas oscuras sólo se va a aplicar en los supuestos en los que se ejerciten acciones individuales, pero no las colectivas.

En consecuencia, el cumplimiento del mandato contenido en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, exige incorporar al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo, 1/2007, de 16 de noviembre), la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles; la regulación dictada en materia de protección a los consumidores y usuarios en la Ley 47/2002, de 19 de diciembre, de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, para la transposición al ordenamiento jurídico español de la Directiva sobre contratos a distancia; la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos; la Ley 21/1995, de 6 de julio, sobre viajes combinados, entre otras disposiciones.

## 1.2. PRINCIPIOS QUE INFORMAN EL COMERCIO ELECTRÓNICO

La necesidad de protección de los consumidores en el ámbito del comercio electrónico conlleva la exigencia de ciertos principios que normen las relaciones entre partes. Así, por el principio de la autonomía de la voluntad, el oferente puede disponer de su oferta en los términos que le convenga. Más concretamente en la contratación entre “no consumidores”, es decir, cuando los destinatarios del servicio de la sociedad de la información tengan la condición de profesional o empresa<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> En este sentido, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), en el artículo 10, 1 establece: “Además de otros requisitos en materia de información contemplados en el Derecho comunitario, los Estados miembros garantizarán, excepto cuando las partes que no son consumidores así lo acuerden, que el prestador de servicios facilite al menos la siguiente información de manera clara, comprensible e inequívoca y antes de que el destinatario del servicio efectúe un pedido: a) los diferentes pasos técnicos que deben darse para celebrar el contrato; b) si el prestador de servicios va a registrar o no el contrato celebrado, y si éste va a ser accesible; c) los medios técnicos para identificar y corregir los errores de introducción de datos antes de efectuar el pedido; d) las lenguas ofrecidas para la celebración del contrato”.

Pero si la relación jurídico-empresarial se establece entre un consumidor y otra persona física o jurídica, empresa, proveedor o profesional, en definitiva, prestador de servicios, la oferta deberá tener un específico contenido, restricción ésta de la autonomía de la voluntad que se justifica por la posición de desigualdad o debilidad en el mercado de una de las partes: el consumidor o usuario<sup>9</sup>.

De lo dicho se infiere que toda transacción comercial deberá estar presidida por el principio de veracidad de la información. Así, se dispone que “1. La oferta, promoción y publicidad de los bienes o servicios se ajustarán a su naturaleza, características, utilidad o finalidad y a las condiciones jurídicas o económicas de la contratación. 2. El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, estas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad”<sup>10</sup>.

Con este fin, la normativa comunitaria<sup>11</sup> y la Ley de Ordenación del Comercio Minorista<sup>12</sup> determinan un contenido mínimo de la propuesta u oferta comercial, consistente en que conste que se trata de una propuesta comercial de forma inequívoca, debiendo informar al consumidor de que la utilización de una técnica de comunicación a distancia para la transmisión del pedido tiene un carácter oneroso, a menos que este extremo resulte evidente, y, en último término, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre

---

<sup>9</sup> Sobre los principios en que se basa el comercio electrónico, puede verse VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, cit., págs. 74-81.

<sup>10</sup> Artículo 61 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. La anterior regulación, establecida por la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, mediante la Ley 26/1984, establecía en su artículo 8.1 lo siguiente: “La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios se ajustarán a su naturaleza, características y condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas serán exigidos por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en documento recibido”.

<sup>11</sup> Nos referimos a la Directiva 2011/83 UE, que presenta una protección bastante acertada de la protección del consumidor en este tipo de contratos.

protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos en la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales.

Por otra parte, la norma 14 del Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol<sup>13</sup> consagra el principio de veracidad en los siguientes términos: “La publicidad no deberá ser engañosa. Se entiende por publicidad engañosa aquella que de cualquier manera, incluida su presentación, o en razón de la inexactitud de los datos contenidos en ella, o por su ambigüedad, omisión u otras circunstancias, induce o puede inducir a error a sus destinatarios”. Por su parte, el artículo 3,1 del Código ético sobre comercio electrónico y publicidad

---

<sup>12</sup> Artículo 39 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, que establece: “1. En todas las propuestas de contratación deberá constar, inequívocamente, que se trata de una propuesta comercial. 2. Asimismo, se deberá informar al consumidor de que la utilización de una técnica de comunicación a distancia para la transmisión del pedido tiene carácter oneroso, a menos que este extremo resulte evidente. 3. En todo caso, deberán cumplirse las disposiciones vigentes sobre respeto a la intimidad y sobre protección de los menores, considerándose solamente el nombre, apellidos y domicilio de las personas que figuran en el censo electoral como datos accesibles al público en los términos establecidos por la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal y dando la oportunidad a las personas de oponerse a recibir comunicaciones comerciales.”

<sup>13</sup> El objeto de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial es contribuir a que la publicidad constituya un instrumento particularmente útil en el proceso económico, velando por el respeto a la ética publicitaria y a los derechos de los destinatarios de la publicidad, con exclusión de la defensa de intereses profesionales. Entre las funciones de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial destaca la elaboración de una serie de Códigos de Conducta Publicitaria, tanto generales como sectoriales, cuyo órgano encargado de la aplicación se denomina Jurado. En la actualidad Autocontrol tiene establecidos tres códigos éticos: 1) un código general, el Código de Conducta Publicitaria, 2) un código sectorial de la publicidad en cine y 3) un código para la publicidad en Internet que el pasado noviembre de 2002 fue sustituido por el Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva (CONFIANZA ONLINE). Además, existen otros 6 códigos sectoriales de otras entidades que son aplicados por el Jurado. Son los códigos de la: 1) Federación Española de Bebidas Espirituosas (FEBE), 2) de la Asociación Nacional de Especialidades Farmacéuticas Publicitarias (ANEPF), 3) de la Asociación Española del Tabaco, 4) de Cerveceros de España, 5) de la Asociación Española de Fabricantes de Juguetes (AEJF) y 6) de FARMAINDUSTRIA. El Código de Conducta Publicitaria fue aprobado en la Asamblea General Extraordinaria celebrada el 19 de diciembre de 1996, según lo establecido en los Estatutos de la Asociación para la Autorregulación de la Comunicación Comercial (Última versión, con las modificaciones aprobadas por la Asamblea



interactiva<sup>14</sup> dispone lo siguiente: “La publicidad en medios electrónicos de comunicación a distancia deberá ser conforme a la ley aplicable, decente, honesta y veraz, en los términos en que estos principios han sido desarrollados por el Código de Conducta Publicitaria de Autocontrol y por el Código de Práctica Publicitaria de la Cámara de Comercio Internacional”.

---

General Ordinaria, el día 3 de abril de 2002). El Código de Conducta Publicitaria está compuesto por normas deontológicas que son de aplicación a toda actividad de comunicación publicitaria, tendente a fomentar, de manera directa o indirecta y sean cuales fueren los medios empleados, la contratación de bienes o servicios, o el potenciamiento de marcas y nombres comerciales. También serán aplicables las presentes normas deontológicas a cualquier anuncio emitido por cuenta de cualesquiera personas físicas o jurídicas, de carácter privado, con el fin de promover determinadas actitudes o comportamientos. No serán de aplicación a la publicidad política.

<<http://www.autocontrol.es/data/paginas/cod.htm>>

<sup>14</sup> antes del lanzamiento de este Código en 2002, en España contábamos ya con dos sistemas de autorregulación operativos para Internet: de un lado, el “Código de Protección de Datos Personales en Internet”, de la AECE, y de otro, el “Código Ético de Publicidad en Internet”, de AUTOCONTROL. Ambos sistemas contaban también con sus respectivos mecanismos de aplicación de tales normas éticas en caso de controversia. Para dar respuesta a la invitación a implementar sistemas de autorregulación de la Directiva de Comercio Electrónico y la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), con una clara voluntad de colaboración, ambas asociaciones (AECE y AUTOCONTROL) decidieron que, tanto para los consumidores como para la industria y la sociedad en general, era más eficaz aunar los esfuerzos de ambas entidades para establecer un sistema de autorregulación integral que se beneficiara de las especializaciones y recursos respectivos. Con todo ello, además, se evitaba la aparición de diferentes sistemas de autorregulación dispersos con el riesgo de crear confusión en los consumidores y en el mercado. A este propósito de aunar esfuerzos se sumó también el *Interactive Advertising Bureau Spain* (IAB Spain), que, en estrecha colaboración con AUTOCONTROL, contribuyó activamente en la redacción de dicho Código, en todo lo que a la ordenación normativa de las comunicaciones comerciales se refiere. Asimismo, a este proyecto de sistema de autorregulación integral para la publicidad y el comercio electrónicos se han adherido también otras asociaciones que desarrollan su actividad en el marco de las comunicaciones comerciales y los nuevos medios electrónicos de comunicación a distancia, tales como la Asociación Española de Anunciantes (AEA), la Asociación Española de Agencias de Publicidad (AEAP), la Asociación de Medios Publicitarios (AMPE), la Asociación de Agencias de Medios (AM), la Federación española de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECMD), la Asociación de Agencias de Marketing Directo e Interactivo (AGEMDI), la Federación Nacional de Empresas de Publicidad (FNEP) y la Asociación Multisectorial de Empresas Españolas de Electrónica y Comunicaciones (ASIMELEC). Mediante el Código Ético de Publicidad y Comercio Electrónico, todas estas entidades manifestaron su serio compromiso por crear y sostener, en el marco de la defensa del ejercicio de la ética y deontología profesional, un sistema integral de autorregulación relativo a la publicidad y a las transacciones comerciales con los consumidores en los medios electrónicos de comunicación a distancia. Este sistema de

### 1.3. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO EN LA CONTRATACIÓN

Con el mismo fin que el principio de veracidad de la información, es decir, la protección de los consumidores y usuarios, se requiere como condición esencial del negocio jurídico electrónico que la aceptación de éstos se realice de forma expresa; en ningún caso la falta de respuesta a la oferta podrá considerarse como aceptación de aquélla<sup>15</sup>.

autorregulación, con vocación de universalidad para todo el territorio español y de aunar las voluntades del mayor número de instancias profesionales dedicadas a la realización, fomento y defensa del desarrollo de la publicidad y el comercio en los nuevos medios, resulta comprensivo tanto de las comunicaciones comerciales, como de los aspectos contractuales derivados de las transacciones comerciales que las empresas realicen con los consumidores a través de Internet y otros medios electrónicos e interactivos. Entre las diversas opciones posibles, se escogió un sistema de autorregulación integral, tomando como modelo los sistemas de autorregulación desarrollados en los países de nuestro entorno cultural, básicamente la Unión Europea y los Estados Unidos de América, que comprende los diferentes aspectos de las relaciones entre las compañías y los consumidores y usuarios –publicidad, transacciones comerciales y protección de datos-, con una especial atención a la protección de la infancia. El presente sistema de autorregulación nació con la intención de desarrollar un importante papel, dado que presta un servicio de indudable valor tanto para la industria como para los consumidores. Los sistemas de autorregulación deben gozar de credibilidad entre la industria y los consumidores, y esta credibilidad vendrá determinada por la eficacia que demuestren como instrumento de resolución de controversias y de promoción de elevados niveles de corrección ética. Es por ello que se atendió la necesidad de que este sistema estuviera constituido por dos elementos básicos en todo sistema de autorregulación: de un lado, un código de conducta, en el que se recogen las normas que los miembros adheridos se comprometen a observar y cumplir, y de otro lado, un mecanismo de control de la aplicación de tales normas, que reúne expertos independientes e imparciales, con competencia para resolver las eventuales reclamaciones y controversias que pudieran surgir. Este sistema de resolución de conflictos está inspirado en los principios de independencia, transparencia, contradicción, eficacia, legalidad, libertad de elección y derecho de representación por parte del consumidor, que coinciden plenamente con los principios exigidos por las autoridades comunitarias para el reconocimiento de los mecanismos extrajudiciales de resolución de controversias con los consumidores, plasmados en la Recomendación 98/257/CE de la Comisión Europea. La sinergia creada entre las asociaciones organizadoras del nuevo sistema de autorregulación de la publicidad y el comercio electrónico ha rentabilizado, sin sustituirlos, instrumentos de autodisciplina ya existentes y que han probado sobradamente su eficacia, como el Jurado de la Publicidad de Autocontrol o la Secretaría de ambas asociaciones. También, y para evitar duplicidades, el presente Código sustituyó a los códigos específicos que ambas asociaciones habían adoptado (publicidad y protección de datos personales), que quedaron derogados con la adopción del mismo. Uno de los motivos que subyacían en el lanzamiento de este sistema integral de autorregulación para el comercio electrónico era el de generar confianza entre los consumidores, elemento de capital importancia. Por ello, las empresas que se adhieran al siste-

El consentimiento, por tanto, ha de ser expreso y, como consecuencia de ello, el cumplimiento de la prestación – envío del producto o realización del servicio – en que consistía la oferta por parte del proponente sin la aceptación explícita del aceptante deberá considerarse como cumplimiento de la prestación no solicitada o, como dice el texto legal referente a las ventas a distancia, “envío no solicitado”.

---

ma deben poder mostrar a sus eventuales clientes que pertenecen al mismo, de forma que el consumidor conozca el sistema de protección de los derechos e intereses del usuario que se pone a su servicio. Es preciso que exista un mecanismo de acreditación de la adhesión al sistema de autodisciplina, de forma que sean identificadas las empresas comprometidas activamente en su sostenimiento y desarrollo. Para atender esta necesidad de forma adecuada, se ha configurado un sello acreditativo que certifica la adhesión de la empresa al sistema y su compromiso de respeto a las normas de conducta, y que podrá ir acompañado de un procedimiento de evaluación del cumplimiento del Código de Conducta. De conformidad con la evolución normativa experimentada en los últimos años, se ha creído conveniente adaptar el código de acuerdo a distintas normas que han sido modificadas desde la aprobación del mismo. Entre otras, el legislador ha introducido cambios notables en la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico: el más importante, producido a causa de la entrada en vigor de la entonces Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones (esta ley fue derogada y sustituida por la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones) como consecuencia de la transposición de la Directiva 58/2002/CE, flexibiliza la regulación del envío de comunicaciones comerciales no solicitadas para el supuesto que exista una relación contractual previa entre ambos y la publicidad verse sobre bienes o servicios propios similares a los inicialmente contratados. Asimismo, en materia publicitaria el proceso de revisión del Código Ético ha tenido en cuenta las iniciativas y normas internacionales adoptadas en referencia al *spam*, en las que se prohíbe la utilización de nuevas prácticas ilegales, tales como el *harvesting* o los *dictionary attacks*. <[http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod\\_ConfianzaOnline.pdf](http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_ConfianzaOnline.pdf)>. El Código Ético de Comercio Electrónico y Publicidad Interactiva está dividido en dos grandes áreas: comunicaciones comerciales y comercio electrónico con consumidores, sin olvidar la necesaria atención que merece la protección de datos personales en el desarrollo de ambas actividades. El Título concerniente a las comunicaciones comerciales recoge las “normas sobre publicidad interactiva” reelaboradas por *IAB Spain* a partir del primitivo “Código sobre Publicidad en Internet” de AUTOCONTROL, que pasan así a integrarse en este cuerpo de normas éticas de vocación más amplia y cuya aplicación *IAB Spain* encomienda al Jurado de AUTOCONTROL. El Título dedicado al comercio electrónico, fundamentalmente elaborado por AECE y movido por una clara vocación de permanencia, ha tratado de evitar normas excesivamente casuísticas –ineficaces en un ámbito tan dinámico y cambiante como éste–, estableciendo principios y reglas de conducta generales, reglas de conducta que resultan exigibles a los operadores en sus transacciones con los consumidores para la contratación de bienes y/o servicios a través de medios electrónicos de comunicación a distancia, con el fin de dar adecuada respuesta a la necesidad de mantener altos niveles de protección de sus derechos e intereses. Como queda patente en el texto del Código, la protección de datos personales es un área de indudable y necesario interés, por ser merecedora de una adecuada salvaguarda en el desarrollo de actividades tanto de publi-

Los envíos no solicitados están prohibidos, si bien, si el envío no solicitado se realiza por la voluntad consciente del oferente, el destinatario no estaría obligado a la devolución del producto, ni al pago del precio. Si lo devuelve por su propia voluntad, no estaría obligado a indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto<sup>16</sup>. Si el envío no solicitado se produce por error, el destinatario debería guardar el producto durante un mes, teniendo derecho a retenerlo si no se le indemniza con el 10 por 100 del valor de venta del producto, o a hacerlo suyo si esta indemnización no se verifica en el plazo indicado<sup>17</sup>.

cidad interactiva como de comercio electrónico. Las reglas contenidas en el Código han sido sometidas a la consulta de la Agencia de Protección de Datos, la Dirección General de la Sociedad de la Información del Ministerio de Ciencia y Tecnología, y del Instituto Nacional de Consumo. Asimismo, el Código Ético está inscrito en el Registro General de Protección de Datos de la Agencia de Protección de Datos, con el núm. CT/0004/2002. < <http://www.confianzaonline.org/codigoetico/index.php> >

<sup>15</sup> En este sentido, el artículo 99 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios al hacer referencia a la *Necesidad de consentimiento expreso*: “1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de contratación a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta. 2. Si el empresario, sin aceptación explícita del consumidor y usuario destinatario de la oferta, le suministrase el bien o servicio ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente.” Hemos de destacar que el contenido de dicho artículo es idéntico al artículo 41 de la LOCM, que dispone que “1. En ningún caso la falta de respuesta a la oferta de venta a distancia podrá considerarse como aceptación de ésta. 2. Si el vendedor, sin aceptación explícita del destinatario de la oferta, enviase a éste el producto ofertado, se aplicará lo dispuesto en el artículo siguiente.”

<sup>16</sup> Artículo 100 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios: *Prohibición de envíos no solicitados*: “1. Queda prohibido suministrar al consumidor y usuario bienes o servicios no pedidos por él cuando dichos suministros incluyan una petición de pago de cualquier naturaleza. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el consumidor y usuario receptor de tales bienes o servicios no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio. En caso de que decida devolverlo no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el bien o servicio.” En idéntico sentido, el artículo 42,1 y 2 de la LOCM: “Queda prohibido enviar al consumidor artículos o mercancías no pedidos por él al comerciante cuando dichos suministros incluyan una petición de pago. En caso de que así se haga, y sin perjuicio de la infracción que ello suponga, el receptor de tales artículos no estará obligado a su devolución, ni podrá reclamársele el precio. En caso de que decida devolverlo no deberá indemnizar por los daños o deméritos sufridos por el producto.”

<sup>17</sup> El artículo 100,2 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios establece que “no será de aplicación lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado anterior cuando quede claramente de manifiesto al consumidor y usuario que el envío no solicitado se debía a un error, correspondiendo al empresario la carga de la prueba. El consumidor y usuario en tales casos, tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado.” También, el artículo 42,3 de la LOCM regula dicho supuesto, estableciendo lo siguiente: “No será de aplicación lo dispuesto en el párrafo primero cuando quede claramente de manifiesto al receptor que el envío no solicitado se debía a un error, correspondiendo al vendedor la carga de la prueba. El receptor tendrá derecho a ser indemnizado por los gastos y por los daños y perjuicios que se le hubieran causado”.

La Directiva 2011/83 UE, de 25 de octubre, lo denominada suministro no solicitado y se establece una solución en concordancia con lo prescrito por la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (...), señalando que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para dispensar al consumidor de toda contraprestación en caso de suministro no solicitado, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento.

El texto de la Directiva 2002/65/CE<sup>18</sup> lo denomina como “suministro no solicitado”, y dispone en su artículo 9 que «*Artículo 9:* Habida cuenta de la prohibición de las prácticas de suministro no solicitado que establece la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las practicas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior (...), y sin perjuicio de la legislación de los Estados miembros relativa a la renovación tácita de los contratos a distancia, cuando ésta permita dicha renovación, los Estados miembros tomarán medidas a fin de dispensar al consumidor de toda obligación en caso de prestación no solicitada, sin que la falta de respuesta pueda considerarse como consentimiento.”<sup>19</sup>

La Directiva 2005/29/CE <sup>20</sup> 2005/29/CE, va más allá, al establecer en su ANEXO I expresamente, al regular las prácticas comerciales que se consideran

---

<sup>18</sup> Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE. (D.O. L 271, 9/10/2002). Ya sabemos que la Directiva 97/7/CE ha sido sustituida por la Directiva 2011/83 UE.

<sup>19</sup> Dicho artículo ha sido modificado por la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE (sustituida por la Directiva 2011/83 UE), 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) no 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

<sup>20</sup> Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de mayo de 2005 relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE (sustituida por la Directiva 2011/83 UE), 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo («Directiva sobre las prácticas comerciales desleales»).

desleales en cualquier circunstancia, como prácticas comercial engañosas “exigir el pago inmediato o aplazado, la devolución o la custodia de productos suministrados por el comerciante, pero que no hayan sido solicitados por el consumidor (suministro no solicitado).”

#### 1.4. INFORMACIÓN Y EJECUCIÓN DEL CONTRATO

El derecho de información del consumidor es el derecho que tiene una de las partes de ser informada de forma veraz y comprensible de las circunstancias del negocio jurídico, independientemente del medio electrónico en que éste se verifique. En cualquier caso, es esencial al requisito de información veraz que la publicidad no pueda considerarse como engañosa<sup>21</sup>.

Las circunstancias del negocio jurídico de las cuales deberá ser informado el consumidor se concretan en las ya enumeradas cuando tratábamos el contenido mínimo de la oferta o propuesta comercial, además de otras que deberán ponerse en conocimiento a la ejecución del contrato. Pero de lo expuesto se desprende que el derecho de información del consumidor se verifica en dos etapas o momentos: el primero con anterioridad a la aceptación por parte del consumidor –contenido mínimo de la oferta o propuesta comercial–; y un segundo momento que ha de verificarse con posterioridad al concurso de voluntades en el momento del cumplimiento. Así, de conformidad con el artículo 47, a la ejecución del contrato, el comprador deberá haber recibido, de forma escrita y en la lengua utilizada en la propuesta de contratación, información comprensiva de todos los datos señalados en el artículo 40 y, además, la dirección de uno de los establecimientos del vendedor, así como su domicilio social, las condiciones de crédito o pago escalonado, en su caso, y el documento de desistimiento o revocación, identificado claramente como tal conteniendo el nombre y dirección de la persona a quien debe enviarse y los datos de identificación del contrato y de los contratantes a que se refiere.

También, el artículo 60 de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios de 2007 establece la información previa al contrato que el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario: “el empresario deberá poner a disposición del consumidor y usuario de forma clara, comprensible y adaptada a las circunstancias la información relevante, veraz y suficiente sobre

---

<sup>21</sup> Cfr. VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, cit., págs. 79-81.

las características esenciales del contrato, en particular sobre sus condiciones jurídicas y económicas, y de los bienes o servicios objeto del mismo”

A tales efectos serán relevantes las obligaciones de información sobre los bienes o servicios establecidas en esta norma y normas que resulten de aplicación y, además: a) Nombre, razón social y domicilio completo del responsable de la oferta contractual y, en su caso, el nombre, razón social y la dirección completa del comerciante por cuya cuenta actúa. b) Precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto, en su caso. En toda información al consumidor sobre el precio de los bienes o servicios, incluida la publicidad, se informará del precio final completo, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación, de los gastos que se repercutan al consumidor y usuario y de los gastos adicionales por servicios accesorios, financiación u otras condiciones de pago similares. c) Fecha de entrega, ejecución del contrato y duración. d) Procedimiento de que dispone el consumidor para poner fin al contrato. e) Garantías ofrecidas. f) Lengua o lenguas en las que podrá formalizarse el contrato, cuando ésta no sea la lengua en la que se le ha ofrecido la información previa a la contratación. g) Existencia del derecho de desistimiento del contrato que pueda corresponder al consumidor y usuario, el plazo y la forma de ejercitarlo.

En la misma línea, el artículo 97 de dicho texto legal, al regular los contratos celebrados a distancia, establece que, antes de iniciar el procedimiento de contratación y con la antelación necesaria, el empresario deberá suministrar al consumidor y usuario, de forma veraz y suficiente, la información prevista en el artículo 60 y además la siguiente: “el coste de la utilización de la técnica de comunicación a distancia cuando se calcule sobre una base distinta de la tarifa básica. b) Las características esenciales del bien o servicio. c) Los gastos de entrega y transporte, en su caso. d) El plazo de vigencia de la oferta y del precio y, en su caso, la ausencia del derecho de desistimiento en los supuestos previstos en el artículo 102. e) La duración mínima del contrato, si procede, cuando se trate de contratos de suministro de bienes o servicios destinados a su ejecución permanente o repetida. f) Las circunstancias y condiciones en que el empresario puede suministrar un bien o servicio de calidad y precio equivalentes, en sustitución del solicitado por el consumidor y usuario, cuando se quiera prever esta posibilidad. g) La forma de pago y modalidades de entrega o de ejecución. h) En su caso, indicación de si el empresario dispone o está adherido a algún procedimiento extrajudicial de solución de conflictos. 2. La información contenida en el apartado anterior, cuya finalidad comercial debe ser indudable,



deberá facilitarse al consumidor y usuario de modo claro e inequívoco, mediante cualquier técnica adecuada al medio de comunicación a distancia utilizado, y deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales, así como los principios de protección de quienes sean incapaces de contratar.”

Antes de la ejecución del contrato, según el artículo 98, deberá facilitarse al consumidor y usuario, en la lengua utilizada en la propuesta de contratación o, en su caso, en la lengua elegida para la contratación, la siguiente información: a) La información prevista en el artículo 97; b) La dirección del establecimiento del empresario donde el consumidor y usuario pueda presentar sus reclamaciones; c) La información relativa a los servicios de asistencia técnica u otros servicios postventa y a las garantías existentes; d) Las condiciones para la denuncia del contrato, en caso de celebración de un contrato de duración indeterminada o de duración superior a un año.

Esta información, según la LGDCU, deberá facilitarse por escrito o, salvo oposición expresa del consumidor y usuario, en cualquier soporte de naturaleza duradera, adecuado a la técnica de comunicación a distancia utilizada.<sup>22</sup>

En el artículo 152, al regular los Viajes combinados se obliga al detallista o, en su caso, el organizador, a poner a disposición de los consumidores y usuarios un programa o folleto informativo que contenga por escrito la correspondiente oferta sobre el viaje combinado y que deberá incluir una clara, comprensible y precisa información sobre una serie de extremos<sup>23</sup>.

---

<sup>22</sup> No será exigible lo dispuesto en este artículo a los contratos relativos a servicios cuya ejecución se realice utilizando una técnica de comunicación a distancia que se presten de una sola vez, cuya facturación sea efectuada por el operador de la técnica de comunicación. No obstante, el consumidor y usuario, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del empresario donde pueda presentar sus reclamaciones.

<sup>23</sup> a) Destinos y medios de transporte, con mención de sus características y clase. b) Duración, itinerario y calendario de viaje. c) Relación de establecimientos de alojamiento, con indicación de su tipo, situación, categoría o nivel de comodidad y sus principales características, así como su homologación y clasificación turística en aquellos países en los que exista clasificación oficial. d) El número de comidas que se vayan a servir y, en su caso, si las bebidas o algún tipo de ellas no estuvieran incluidas en el régimen alimenticio previsto. e) La información de índole general sobre las condiciones aplicables a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de pasaportes y de visados, y las formalidades sanitarias necesarias para el viaje y la estancia. f) Precio final completo del viaje combinado, incluidos los impuestos, y precio estimado de las excursiones facultativas. En el caso de gastos adicionales correspondientes a los servicios incluidos en el viaje combinado que deba asumir el consumidor y que no se abonen al organizador o detallista, información sobre su existencia y, si se conoce, su importe. g) El importe o el porcentaje del precio que deba pagarse en concepto de anticipo sobre el precio total



También, el artículo 156, impone la obligación a los detallistas o, en su caso, los organizadores de viajes combinados de facilitar, por escrito o en cualquier otra forma en que quede constancia y con el tiempo necesario antes del inicio del viaje, a los consumidores y usuarios con los que hayan contratado, los horarios y lugares de las escalas y los enlaces, así como la indicación de la categoría del lugar que deberá ocupar el viajero en el medio o medios de transporte que vayan a ser utilizados, el nombre, dirección y número de teléfono de la representación del organizador o detallista en cada destino o, en su defecto, los de los organismos locales que puedan ayudar al consumidor y usuario en caso de dificultades<sup>24</sup>, la información, de acuerdo con la legislación vigente reguladora del seguro privado, sobre la suscripción facultativa de un contrato de seguro que cubra los gastos de cancelación por el consumidor y usuario, o de un contrato de asistencia que cubra los gastos de repatriación o traslado al lugar de origen, en caso de accidente, enfermedad o fallecimiento.

Para los viajes y estancias de menores en el extranjero, deberán facilitar la información que permita establecer un contacto directo con éstos o los responsables de su estancia «in situ» durante el viaje.

Del mismo modo, la normativa comunitaria dispone la necesidad de que dicho derecho de información del consumidor se verifique por escrito; es decir, se estipula la necesidad de comunicación escrita. Sobre el particular, tenemos la Directiva 2011/183 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, que en su artículo 5 nos viene a decir que “1. Antes de que el consumidor quede vinculado por un contrato distinto de un contrato a distancia o uno celebrado fuera del establecimiento, u oferta correspondiente, el comerciante deberá facilitar de forma clara y comprensible al consumidor, salvo que dicha información resulte evidente por el contexto: a) las características principales de los bienes o servicios, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes

---

y el calendario para el pago de la parte de precio no cubierta por el anticipo desembolsado, así como las condiciones de financiación que, en su caso, se oferten. h) Si para la realización del viaje combinado se necesita un número mínimo de inscripciones y, en tal caso, la fecha límite de información al consumidor y usuario en caso de anulación. i) Cláusulas aplicables a posibles responsabilidades, cancelaciones y demás condiciones del viaje. j) Nombre y domicilio del organizador del viaje combinado, así como, en su caso, de su representación legal en España. k) Toda información adicional y adecuada sobre las características del viaje ofertado.

<sup>24</sup> Cuando no existan dichas representaciones y organismos, el consumidor y usuario deberá poder disponer, en cualquier caso, de un número de teléfono de urgencia o de cualquier otra información que le permita ponerse en contacto con el organizador o detallista.

o servicios; b) la identidad del comerciante, por ejemplo su nombre comercial, la dirección geográfica en la que esté establecido y su número de teléfono; c) el precio total de los bienes o servicios, incluidos los impuestos, o, si el precio no puede calcularse razonablemente de antemano por la naturaleza de los bienes o servicios, la forma en que se determina el precio así como, cuando proceda, todos los gastos adicionales de transporte, entrega o postales o, si dichos gastos no pueden ser calculados razonablemente de antemano, el hecho de que puede ser necesario abonar dichos gastos adicionales; d) cuando proceda, los procedimientos de pago, entrega y funcionamiento, la fecha en que el comerciante se compromete a entregar los bienes o a ejecutar la prestación del servicio, así como el sistema de tratamiento de las reclamaciones del comerciante; e) además del recordatorio de la existencia de una garantía jurídica de conformidad para los bienes, la existencia y las condiciones de servicios posventa y las garantías comerciales, cuando proceda; f) la duración del contrato, cuando proceda, o, si el contrato es de duración indeterminada o se prolonga de forma automática, las condiciones de resolución; g) cuando proceda, la funcionalidad de los contenidos digitales, incluidas las medidas técnicas de protección aplicables; h) cuando proceda, toda interoperatividad pertinente del contenido digital con los aparatos y programas conocidos por el comerciante o que quepa esperar razonablemente que este pueda conocer.

Esta circunstancia sin duda favorece la prueba del negocio jurídico. La comunicación escrita como derecho de información del consumidor se le podrá facilitar por cualquier medio admitido en Derecho y, por supuesto, por el medio electrónico.

El propio texto normativo comunitario exonera de la obligación de comunicación escrita del proveedor cuando la ejecución o cumplimiento del contrato se verifique por el propio medio electrónico, que el servicio se preste una sola vez y que la facturación sea efectuada por el operador de técnicas de comunicación o prestador de servicios de la sociedad de la información<sup>25</sup>.

No obstante, el consumidor, en cualquier caso, deberá estar en condiciones de conocer la dirección geográfica del establecimiento del proveedor donde puede presentar sus reclamaciones.

---

<sup>25</sup> Artículo 5.2 de la Directiva 2011/183 UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011.

Por otra parte, el Considerando 21 de la Directiva 2002/65/CE<sup>26</sup> establece que “La utilización de técnicas de comunicación a distancia no debe provocar una limitación indebida de la información proporcionada al cliente. A fin de garantizar la transparencia, la presente Directiva establece exigencias destinadas a conseguir un nivel adecuado de información del consumidor, tanto antes de la celebración del contrato como después de ésta. El consumidor, antes de la celebración de un contrato, debe recibir las informaciones previas necesarias para poder apreciar convenientemente el servicio financiero que se le propone y, en consecuencia, realizar su elección con conocimiento de causa. El proveedor debe especificar por cuanto tiempo es válida su oferta.”

De igual forma, el artículo 3 de meritada Directiva, establece la obligación por parte del proveedor de enviar al consumidor la siguiente información:

“ 1) El proveedor: a) la identidad y actividad principal del proveedor, la dirección geográfica en que el proveedor esté establecido y cualquier otra dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el proveedor; b) la identidad del representante del proveedor establecido en el Estado miembro de residencia del consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el representante, cuando exista dicho representante; c) en caso de que las relaciones comerciales del consumidor sean con algún profesional distinto del proveedor, la identidad de dicho profesional, la condición con arreglo a la que actúa respecto al consumidor y la dirección geográfica que proceda para las relaciones del consumidor con el profesional; d) cuando el proveedor esté inscrito en un registro público mercantil o similar, el registro mercantil en que el proveedor esté inscrito y su número de registro, o medios equivalentes de identificación en dicho registro; e) si una determinada actividad del proveedor está sujeta a un régimen de autorización, los datos de la correspondiente autoridad de supervisión.

2) El servicio financiero: a) una descripción de las principales características del servicio financiero; b) el precio total que deba pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, con inclusión de todas las comisiones, cargas y gastos, así como todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no pueda indicarse un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio; c) en su caso, una advertencia que indique que el servicio

---

<sup>26</sup> Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y la Directiva 2011/183 UE.

financiero está relacionado con instrumentos que implican riesgos especiales derivados de sus características específicas o de las operaciones que se vayan a ejecutar o cuyo precio depende de fluctuaciones en mercados financieros ajenos al control del proveedor, y cuyos resultados históricos no son indicadores de resultados futuros; d) la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo; e) toda limitación del período durante el cual la información suministrada sea válida; f) las modalidades de pago y de ejecución; g) cualquier coste suplementario específico para el consumidor inherente a la utilización de la técnica de comunicación a distancia, en caso de que se repercuta dicho coste.

3) El contrato a distancia: a) la existencia o no de derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6<sup>27</sup> y, de existir tal derecho, su duración y las

<sup>27</sup> Artículo 6, Directiva 2002/65/CE: “*Derecho de rescisión*: 1. Los Estados miembros velarán por que el consumidor disponga de un plazo de 14 días naturales para rescindir el contrato a distancia, sin indicación de los motivos y sin penalización alguna. Sin embargo, dicho plazo deberá ampliarse hasta 30 días naturales en el caso de contratos relacionados con seguros de vida contemplados en la Directiva 90/619/CEE y jubilaciones personales. El plazo durante el cual podrá ejercerse el derecho de rescisión comenzará a correr: - bien el día de la celebración del contrato, salvo en relación con los mencionados seguros de vida, para los que el plazo comenzará cuando se informe al consumidor de que el contrato ha sido celebrado, - bien a partir del día en que el consumidor reciba las condiciones contractuales y la información, de conformidad con los apartados 1 y 2 del artículo 5, si ésta es posterior. Los Estados miembros, además del derecho de rescisión, podrán establecer que se suspenda la aplicabilidad de los contratos a distancia relativos a servicios de inversión durante el plazo previsto en el presente apartado. 2. El derecho de rescisión no se aplicará a los contratos relativos a: a) servicios financieros cuyo precio dependa de fluctuaciones de los mercados financieros que el proveedor no pueda controlar, que pudieran producirse durante el plazo en el transcurso del cual pueda ejercerse el derecho de rescisión, como, por ejemplo, los servicios relacionados con: - operaciones de cambio de divisas, - instrumentos del mercado monetario, - títulos negociables, - participaciones en entidades de inversión colectiva, - contratos financieros de futuros, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo, - contratos de futuros sobre tipos de interés (FRA), - contratos de permuta (*swaps*) sobre tipos de interés, sobre divisas o los contratos de intercambios ligados a acciones o a un índice sobre acciones (*equity swaps*), - opciones destinadas a la compra o venta de cualquiera de los instrumentos contemplados en la presente letra, incluidos los instrumentos equivalentes que impliquen una liquidación en efectivo. Concretamente, se incluyen en esta categoría las opciones sobre divisas y sobre tipos de interés; b) pólizas de seguros de viaje o de equipaje o seguros similares de una duración inferior a un mes; c) contratos que se hayan ejecutado en su totalidad por ambas partes a petición expresa del consumidor antes de que éste ejerza su derecho de rescisión. 3. Los Estados miembros podrán disponer que el derecho de rescisión no se aplique a: a) los créditos destinados principalmente a la adquisición o conservación de derechos de propiedad en terrenos o en inmuebles existentes o por construir, o a renovar o mejorar inmuebles; o b) los créditos garantizados ya sea por una hipoteca sobre un bien inmueble o por un derecho sobre un inmueble; c) las declaraciones de consumidores hechas con la intervención de un fedatario público, siempre y cuando éste dé fe de que se han garantizado los derechos del consumidor

condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que el consumidor pueda tener que abonar con arreglo al apartado 1 del artículo 7<sup>28</sup>, así como las consecuencias de la falta de ejercicio de ese derecho; b) la duración contractual mínima, en caso de contratos de prestación de servicios financieros permanentes o periódicos; c) información acerca de cualquier derecho que puedan tener las partes a rescindir el contrato anticipadamente o unilateralmente con arreglo a las condiciones del contrato, incluidas las penalizaciones que pueda imponer el contrato en dicho caso; d) las instrucciones para ejercer el derecho de rescisión, indicando, por ejemplo, a dónde debe dirigirse la notificación de la rescisión; e) el Estado o los Estados miembros en cuya legislación se basa el proveedor para establecer relaciones con el consumidor antes de la celebración del contrato; f) las cláusulas contractuales, si las hubiere, relativas a la ley aplicable al contrato a distancia y/o a la jurisdicción competente para conocer del asunto; g) la lengua o las lenguas en que las condiciones contractuales y la información previa a que se refiere el presente artículo se presentan, y la lengua o lenguas en que el proveedor, con el acuerdo del consumidor, lleva a cabo la comunicación mientras dure el contrato.

4) Vías de recurso: a) si existe o no acceso a procedimientos extrajudiciales de reclamación y recurso para el consumidor que es parte en el contrato, y,

---

contemplados en el apartado 1 del artículo 5. Lo dispuesto en el presente apartado no afectará al derecho al período de reflexión en beneficio del consumidor que resida en un Estado miembro en caso de que el mismo exista en el momento de adopción de la presente Directiva. 4. Los Estados miembros que hagan uso de la posibilidad que establece el apartado 3 deberán comunicarlo a la Comisión. 5. La Comisión deberá poner a disposición del Parlamento Europeo y del Consejo la información comunicada por los Estados miembros y garantizar que tengan acceso a la misma los consumidores y proveedores que la soliciten. 6. Cuando el consumidor ejerza su derecho de rescisión, lo notificará, antes de expirar el plazo correspondiente, con arreglo a las instrucciones que se le hayan dado de conformidad con lo dispuesto en la letra d) del punto 3 del apartado 1 del artículo 3, por un procedimiento que permita dejar constancia de la notificación y que sea conforme al Derecho nacional. Se considerará que la notificación ha sido hecha dentro de plazo si se hace en un soporte de papel o sobre otro soporte duradero, disponible y accesible al destinatario, y se envía antes de expirar el plazo.”

<sup>28</sup> Artículo 7, Directiva 2002/65/CE: “*Pago del servicio prestado antes de la rescisión*: 1. Cuando el consumidor ejerza el derecho de rescisión que le otorga el apartado 1 del artículo 6, solamente estará obligado a pagar, a la mayor brevedad, el servicio financiero realmente prestado por el proveedor de conformidad con el contrato. No podrá darse comienzo a la ejecución del contrato hasta que el consumidor haya dado su consentimiento. El importe que deba pagar no podrá: - rebasar un importe proporcional a la parte ya prestada del servicio, comparada con la cobertura total del contrato, - ser en ningún caso de tal magnitud que pueda ser entendida como una penalización.”

de ser así, cómo puede el consumidor tener acceso a ellos; b) la existencia de fondos de garantía u otros mecanismos de indemnización no abarcados por la Directiva 94/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 1994, relativa a los sistemas de garantía de depósitos y la Directiva 97/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de marzo de 1997, relativa a los sistemas de indemnización de los inversores.”

Esta información, cuyo fin comercial deberá indicarse inequívocamente, ha de comunicarse de forme “clara y comprensible por cualquier medio que se adapte a la técnica de comunicación a distancia utilizada, respetando debidamente, en particular, los principios de buena fe en las transacciones comerciales y los principios que regulan la protección de las personas que, con arreglo a la legislación de los Estados miembros, carecen de capacidad de obrar, como por ejemplo los menores de edad.”

En el caso de comunicación a través de telefonía vocal, al comienzo de toda conversación con el consumidor se indicará claramente la identidad del proveedor y el fin comercial de la llamada iniciada por el proveedor. Previa aceptación expresa del consumidor, sólo deberá suministrarse la identidad de la persona en contacto con el consumidor y su vínculo con el proveedor, una descripción de las características principales del servicio financiero, el precio total que deba pagar el consumidor al proveedor del servicio financiero, incluidos todos los impuestos pagados a través del proveedor o, cuando no se pueda indicar un precio exacto, la base de cálculo que permita al consumidor comprobar el precio, la indicación de que puedan existir otros impuestos o gastos que no se paguen a través del proveedor o que no los facture él mismo, la existencia o inexistencia de un derecho de rescisión de conformidad con el artículo 6 y, de existir ese derecho, su duración y las condiciones para ejercerlo, incluida información relativa al importe que pueda exigirse que pague el consumidor con arreglo al apartado 1 del artículo 7.

El proveedor informará al consumidor acerca de la existencia de información adicional disponible previa petición y del tipo de información en cuestión. En todo caso, el proveedor proporcionará la información plena cuando cumpla con sus obligaciones según el artículo 5<sup>29</sup>.

---

<sup>29</sup> Artículo 5: “*Comunicación de las condiciones contractuales y de la información previa*: 1. El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta. 2.

La información sobre las obligaciones contractuales, que deberá comunicarse al consumidor durante la fase precontractual, deberá ser conforme a las obligaciones contractuales que resulten de la legislación normalmente aplicable al contrato si éste se celebrara.

De igual forma, el artículo 4, establece una serie de requisitos adicionales de información: “1. Cuando existan disposiciones en la legislación comunitaria que regulen servicios financieros que requieran informaciones previas adicionales a las que figuran en el apartado 1 del artículo 3, dichos requisitos seguirán siendo de aplicación. 2. Hasta tanto tenga lugar una armonización suplementaria, los Estados miembros podrán mantener o introducir disposiciones más estrictas sobre los requisitos de información previa siempre y cuando dichas disposiciones sean conformes con el Derecho comunitario. 3. Los Estados miembros deberán comunicar a la Comisión las disposiciones nacionales sobre requisitos de información previa previstas en los apartados 1 y 2 del presente artículo cuando dichos requisitos sean adicionales a los que se enumeran en el apartado 1 del artículo 3. La Comisión deberá tener en cuenta las disposiciones nacionales comunicadas al elaborar el informe a que se refiere el apartado 2 del artículo 20<sup>30</sup>. 4. La Comisión, con objeto de crear un alto nivel de transparencia por todos los medios pertinentes, garantizará que dicha información relativa a las disposiciones nacionales que se le haya comunicado sea puesta a disposición de los consumidores y de los proveedores.

El proveedor comunicará al consumidor todas las condiciones contractuales, según se establece en el artículo 5, así como la información contemplada en el apartado 1 del artículo 3 y en el artículo 4, en soporte de papel u otro soporte duradero accesible al consumidor y puesto a su disposición con la suficiente

---

El proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 cuando aquél se haya celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información de conformidad con el apartado 1. 3. En cualquier momento durante la relación contractual, el consumidor tendrá derecho a obtener, si así lo solicita, las condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.”

<sup>30</sup> Artículo 20: “*Examen*: 2. A más tardar el 9 de abril de 2006, la Comisión presentará un informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre los problemas a los que tengan que hacer frente tanto los consumidores como los proveedores que pretendan comprar o vender servicios financieros, junto con propuestas, cuando resulte necesario, de modificación, de mayor armonización, o ambas, de las disposiciones relativas a la información y al derecho de rescisión en la legislación comunitaria relativa a los servicios financieros y/o los servicios cubiertos por el artículo 3.”



antelación antes de que el consumidor asuma obligaciones mediante cualquier contrato a distancia u oferta. El proveedor cumplirá inmediatamente después de la celebración del contrato las obligaciones que le incumben con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 5 cuando aquél se haya celebrado a petición del consumidor utilizando una técnica de comunicación a distancia que no permita transmitir las condiciones contractuales y la información de conformidad con el apartado 1. En cualquier momento durante la relación contractual, el consumidor tendrá derecho a obtener, si así lo solicita, las condiciones contractuales en soporte de papel. Además, el consumidor tendrá el derecho de cambiar las técnicas de comunicación a distancia utilizadas, salvo que sea incompatible con el contrato celebrado o con la naturaleza del servicio financiero prestado.

La Directiva 2005/29/CE, aplicable sólo en la medida en que no haya disposiciones específicas del Derecho comunitario que regulen aspectos<sup>31</sup> concretos de las prácticas comerciales desleales, como requisitos relativos a la información y normas sobre la manera en que ha de presentarse la información al consumidor, establece una protección para los consumidores allí donde no existe legislación sectorial específica en el ámbito comunitario y prohíbe a los comerciantes crear una falsa impresión sobre la naturaleza de los productos. Esto es especialmente importante en el caso de productos complejos que implican un elevado nivel de riesgo para los consumidores, como ciertos productos ligados a servicios financieros. La presente Directiva complementa, pues, el acervo comunitario aplicable a las prácticas comerciales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores.

## **2. LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES COLECTIVOS DE LOS CONSUMIDORES**

### **2.1. LA ACCIÓN DE CESACIÓN**

Entre los resortes procesales que ofrece el ordenamiento jurídico para tutelar los derechos de los consumidores y usuarios está la acción de cesación. Una acción de cesación se dirige a obtener una sentencia judicial que condene al demandado a cesar en un comportamiento contrario a Derecho o a prohibir su reiteración

---

<sup>31</sup> Así se recoge en su Considerando (10).



futura siempre que exista un riesgo inminente de reiteración<sup>32</sup> en el futuro. Por esta razón, también se habla de acciones de cesación y de acciones de prohibición de daños, respectivamente<sup>33</sup>.

La finalidad de la acción de cesación es doble: de un lado, tiene una finalidad represora de un comportamiento ilícito en la medida en que se dirige a lograr la paralización o suspensión inmediata de un comportamiento ilícito que ya se ha cometido; de otro lado, goza de una finalidad preventiva en tanto que se obtiene una orden judicial que prohíbe la reiteración del comportamiento ilícito en el futuro si aún no se ha llevado a cabo, evitando los efectos perjudiciales que pudieran producirse.

Para poder ejercitar una acción de cesación, es necesario que concurran los siguientes presupuestos: existencia de un comportamiento ilícito y la producción de un daño, actual o futuro. En consecuencia, no es preciso que concurra culpa, dolo o negligencia en el autor del comportamiento ilícito.

La acción de cesación se dirige a la prevención y represión de comportamientos ilícitos y puede ejercitarse en una pluralidad de materias de especial importancia en el comercio electrónico como son las siguientes: protección de los intereses colectivos y difusos de los consumidores; competencia desleal; protección de los derechos de propiedad industrial, como las marcas y las patentes; protección de los derechos de propiedad intelectual; intromisiones ilegítimas en el derecho al honor, intimidad y propia imagen; y cesación de la violación de los ficheros de datos de carácter personal.

---

<sup>32</sup> Así, VEGA VEGA, J. A., en “Acciones y Procedimientos en defensa de la propiedad intelectual”, *Reformas Recientes de la Propiedad Intelectual*, (Coor.: Carlos Rogel Vide), Reus, Madrid, 2007, pág. 181, plantea el problema de la prueba para acreditar la futura e inminente actuación “si debemos fundamentarla exclusivamente en simples indicios, tal como sostiene la Ley. En un sistema procesal como el nuestro que descansa en la necesidad de acreditar hechos para que prosperen las reclamaciones judiciales, consideramos poco probable que un Juez repunte suficiente la existencia de meros indicios para condenar a una persona a no realizar una conducta futura. Por ello, más que indicios, lo que habrá que acreditar será la existencia de actos preparatorios relevantes en el mundo exterior que denoten indefectiblemente voluntad de una persona de realizar una conducta prohibida”.

<sup>33</sup> Así, el artículo 53 de la LGDCU establece que “La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato. A efectos de lo dispuesto en este capítulo, también se considera conducta contraria a esta norma en materia de cláusulas abusivas la recomendación de utilización de cláusulas abusivas.”

Las acciones de cesación transfronterizas que pueden ejercitarse en el marco de las operaciones de comercio electrónico presentan problemas específicos derivados de su internacionalidad, como son, entre otros, la determinación del tribunal competente para conocer de la demanda, la ley aplicable a la acción de cesación y los efectos extraterritoriales de la orden judicial de cesación del comportamiento ilícito.

Una acción de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores es una acción civil ejercitada por las entidades legitimadas<sup>34</sup> para lograr, generalmente, la cesación y/o reparación de un supuesto perjuicio directo o indirecto al interés colectivo de los consumidores. Los intereses colectivos de los consumidores son entendidos como aquellos que no son una acumulación de intereses particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción. Ello no obsta a las acciones particulares ejercitadas por particulares que se hayan visto perjudicados por una infracción.

La acción de cesación se dirige a poner fin, a su debido tiempo, a las infracciones perjudiciales para los intereses colectivos de los consumidores. Sin duda, contribuye al buen funcionamiento del mercado interior puesto que aumenta la confianza de los consumidores, así como el margen de acción de las organizaciones de representación de los intereses colectivos de los consumidores o de organismos públicos independientes encargados de su protección<sup>35</sup>.

---

<sup>34</sup> Según el artículo 54 de la LGDCU estarán legitimados para ejercitar la acción de cesación: "a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios; b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios; c) El Ministerio Fiscal; d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». Los Jueces y Tribunales aceptarán dicha lista como prueba de la capacidad de la entidad habilitada para ser parte, sin perjuicio de examinar si la finalidad de la misma y los intereses afectados legitiman el ejercicio de la acción. 2. Todas las entidades citadas en el apartado anterior podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan. 3. La legitimación para el ejercicio de la acción de cesación frente al resto de conductas de empresarios contrarias a la presente norma que lesionen intereses colectivos o intereses difusos de los consumidores y usuarios, se regirá por lo dispuesto en el artículo 11, apartados 2 y 3, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil." Asimismo, estarán legitimados para el ejercicio de esta acción: a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores; b) El Ministerio Fiscal.

<sup>35</sup> KESSEDJAN, C., "L'action en justice des associations de consommateurs et d'autres organisations représentatives d'intérêts collectifs en Europe", Riv. Dir. Int. Pr. Proc., 1997, núm. 2, pp. 281-300.

Las acciones de cesación tan sólo se pueden interponer contra aquellas prácticas comerciales transfronterizas –esto es, que se originan en un Estado miembro y están destinadas a los consumidores de otro Estado miembro– que infrinjan las normas nacionales de transposición del Derecho previamente armonizado por la Comunidad Europea en materia de consumo. Se entiende por infracción cualquier acto contrario a las Directivas que figuran en el Anexo de la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, tal y como estén incorporadas al ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, que atente contra los intereses colectivos de los consumidores. Por tanto, no se permite interponer una acción de cesación de este tipo ante una infracción de una disposición nacional que incorpore normativa comunitaria – aunque tenga por objeto directo o indirecto la protección de los intereses colectivos de los consumidores– si no se trata de derechos previstos por las normas nacionales de transposición de las Directivas comunitarias citadas. Así, se podrá interponer una acción de cesación contra cualquier acto que infrinja las normas nacionales de transposición sobre: la publicidad engañosa; la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales; el crédito al consumo; el ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva; los viajes combinados, vacaciones combinadas y los circuitos combinados; la publicidad de los medicamentos para uso humano; las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido; la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia. Debe tenerse en cuenta que este Anexo tiene un carácter abierto, por lo que la lista sobre las infracciones contra las que se puede interponer una acción de cesación puede verse ampliada.

Ostentan legitimación activa para ejercitar las acciones de cesación las entidades nacionales habilitadas a tal efecto. Debe tratarse de un organismo u organización que haya sido constituido correctamente con arreglo a la legislación del Estado miembro al que pertenezca y que posea un interés legítimo en hacer que se respeten las disposiciones contempladas en las Directivas mencionadas. En particular, se puede tratar de: uno o más organismos públicos independientes y encargados específicamente de la protección de los intereses colectivos mencionados; y organizaciones cuya finalidad consista en la protección de los intereses colectivos de los consumidores, según los criterios establecidos por su legislación nacional.<sup>36</sup>

Gracias al principio de reconocimiento mutuo en el que se basa la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, las entidades habilitadas para la defensa de los intereses colectivos de los consumidores procedentes de otros Estados miembros ostentan legitimación activa. Cada Estado miembro debe comunicar a la Comisión, a instancia de sus entidades nacionales, la denominación y finalidad de sus entidades nacionales habilitadas para ejercer una acción en su propio país<sup>37</sup>. La legitimación pasiva se centra en aquellos empresarios o profesionales que realizan prácticas consideradas ilícitas –publicidad engañosa, cláusulas abusivas, comercialización de productos defectuosos, entre otras– que se originan en un Estado miembro y están destinadas a los consumidores de otro Estado miembro.

La interposición de una acción de cesación puede producir los siguientes efectos: que se ordene la cesación o prohibición de toda infracción que tenga su origen en otro Estado miembro, en su caso mediante procedimiento de urgencia; la adopción, en su caso, de medidas como la publicación, total o parcial, y en la forma que se estime conveniente, de la resolución; que se publique una declaración rectificativa con vistas a suprimir los efectos duraderos derivados de la infracción; y es posible –siempre en la medida en que el ordenamiento jurídico del Estado miembro interesado lo permita– que se condene a la parte demandada perdedora a abonar al Tesoro público o al beneficiario designado por la legislación nacional, o en virtud de la misma, en caso de inejecución de la

---

<sup>36</sup> El artículo 55 de la LGDCU, al regular las acciones de cesación en otro Estado miembro de la Unión Europea, establece que “1. El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios podrán ejercitar acciones de cesación en otro Estado miembro de la Comunidad Europea, cuando estén incluidos en la lista publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas». El Ministerio de Justicia notificará a la Comisión Europea cada una de dichas entidades, con su denominación y finalidad, previa solicitud de dichos órganos o entidades, y dará traslado de esa notificación al Instituto Nacional del Consumo. 2. Las asociaciones de consumidores y usuarios presentes en el Consejo de Consumidores y Usuarios podrán ejercitar acciones de cesación en otro Estado miembro de la Comunidad Europea cuando estén incluidas en la lista publicada en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas», debiendo solicitar del Instituto Nacional del Consumo la incorporación a dicha lista. El Ministerio de Justicia notificará a la Comisión Europea cada una de dichas entidades, con su denominación y finalidad, a instancia del Instituto Nacional del Consumo.

<sup>37</sup> Comunicación de la Comisión conforme al apartado 3 del art. 4 de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores, en la que se da a conocer la lista de las entidades habilitadas para ejercitar una acción con arreglo al art. 2 de dicha Directiva (DOCE núm. C 27/37, de 9 de noviembre de 2002).

resolución en el plazo establecido por las autoridades judiciales o administrativas, una cantidad fija por cada día de retraso o cualquier otra cantidad prevista en la legislación nacional, al objeto de garantizar el cumplimiento de las resoluciones (multas coercitivas).

Con carácter previo al ejercicio de una acción de cesación ante las autoridades judiciales o administrativas competentes, se concede la facultad a cada Estado miembro de establecer una fase obligatoria de consulta previa. Dicha consulta corre a cargo de la parte que se proponga interponer una acción de cesación y tiene como finalidad obtener que el demandado ponga fin a la infracción litigiosa. La consulta se realiza con la parte demandada o bien tanto con la una entidad habilitada al afecto del Estado miembro en que se ejercite la acción de cesación. Corresponde a cada Estado miembro decidir si la parte que pretende entablar la acción de cesación debe consultar a la parte habilitada. Si trascurridas dos semanas desde la petición de consulta no se hubiera obtenido la cesación de la infracción, la parte afectada puede entablar una acción de cesación sin más trámite.

La competencia de los Tribunales para conocer de una acción de cesación planteada a raíz de una infracción intracomunitaria viene determinada por el Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil<sup>38</sup>. Así lo establece la Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores en la que se señala que, para determinar la jurisdicción competente, se aplicarán “las normas de Derecho internacional privado y los Convenios en vigor entre los Estados miembros”.

En materia de acciones de cesación respecto a la protección de los intereses de los consumidores se deben precisar dos cuestiones. En primer lugar, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante TJCE) declaró que no puede reconocerse la calidad de consumidor, en el sentido del Convenio de Bruselas de 1968<sup>39</sup>, a una persona jurídica que actúa como cesionario de los derechos de un consumidor final privado, sin ser parte ella misma en un contrato entre un

---

<sup>38</sup> FERNÁNDEZ MASIÁ, E., “Protección de los intereses colectivos de los consumidores y actividades ilícitas transfronterizas en la Unión Europea”, EC, núm. XVI (56), 2001, págs. 9-25; ID. “Contratos de consumo y competencia judicial internacional en el Reglamento núm. 44/2001”, EC, 2002, núm. 63, pp. 9-24.

<sup>39</sup> Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (BOE núm. 24, de 28 de enero de 1991, corrección de errores en BOE núm. 103, de 30 de abril de 1991).

profesional y un particular, por lo que no se puede invocar los artículos 13 a 15 del Convenio de Bruselas de 1968 (actuales 15 a 17 Reglamento (CE) núm. 44/2001<sup>40</sup>), relativos a la competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores (asunto *Shearson Lehman Hutton*<sup>41</sup>). Dicha interpretación debe aplicarse a las entidades habilitadas para ejercitar una acción de cesación en representación de los intereses colectivos de los consumidores. En segundo término, también del TJCE se desprende que las acciones de cesación entabladas por las entidades habilitadas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores con el objeto de obtener la cesación de prácticas que sean ilícitas son de carácter delictual o cuasidelictual en el sentido del artículo 5. 3 del CB (actual 5.3 del Reglamento 44/2001), (asunto *Heinz Henkel*<sup>42</sup>). Siendo así, el artículo 5.3 Reglamento 44/2001 establece que, en materia delictual o cuasi delictual, las personas domiciliadas en un Estado miembro podrán ser demandadas en otro Estado miembro ante el tribunal del lugar donde se hubiere producido o pudiere producirse el hecho dañoso. Para supuestos de prácticas comerciales ilícitas se puede entender por “lugar donde se hubiere producido hecho dañoso” tanto el lugar donde se origina el daño como el lugar donde se manifiestan los efectos del daño. Siendo así, las entidades habilitadas pueden interponer las acciones de cesación bien ante los Tribunales del país donde se origina la práctica ilícita o bien ante los Tribunales de aquellos países donde se manifiestan los daños derivados de esa práctica ilícita.

La Directiva 98/27/CE relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores añade que serán los Estados miembros los que designarán las autoridades judiciales o administrativas competentes para resolver en las acciones ejercitadas por las entidades habilitadas (art. 2).

Por último, destacar que la LGDCU estable como principio el de imprescriptibilidad de las acciones de cesación, en su artículo 56: “Las acciones de cesación previstas en este título son imprescriptibles, sin perjuicio de lo dispuesto

---

<sup>40</sup> Reglamento (CE) núm. 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE núm. L 012, de 16 de enero de 2001; corrección de errores en DOCE núm. L 307, de 24 de noviembre; DOCE núm. L 176, de 5 de julio de 2002).

<sup>41</sup> STJCE de 19 de enero de 1993, asunto 89/91: *Shearson Lehman Hutton c. TVB*, (C-89/91, Rec. 1993, pág. I-139).

<sup>42</sup> STJCE 1 de octubre de 2002, asunto C 167/00: *VKI c. K. Heinz Henkel*.

en el artículo 19, apartado 2 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación en relación con las condiciones generales inscritas en el Registro de Condiciones Generales de la Contratación<sup>43</sup>.”

## 2.2. CESACIÓN EN SUPUESTOS DE VIOLACIÓN DE DERECHOS RELATIVOS A DATOS DE CARÁCTER PERSONAL

La inmovilización de los ficheros recibe su justificación en la necesidad de garantizar los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad. El artículo 24 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y la libre circulación de estos datos señala que los Estados miembros adoptarán todas las medidas necesarias para asegurar la completa aplicación de las disposiciones contenidas en la presente Directiva y deberán, en particular, determinar las sanciones que deben imponerse en los casos de infracción de las disposiciones adoptadas como consecuencia de la implementación de esta Directiva. Como consecuencia de la transposición, las leyes nacionales de los Estados miembros establecen los supuestos concretos constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan<sup>44</sup>.

El director de la Agencia de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos. Puede ordenar la inmediata paralización de la actividad del fichero o tratamiento. Si su requerimiento no fuera atendido, la Agencia de Protección de Datos puede, mediante resolución motivada, inmovilizar los ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

---

<sup>43</sup> Dicho artículo, establece que “Las acciones colectivas de cesación y retractación prescriben por el transcurso de dos años desde el momento en que se practicó la inscripción de las condiciones generales cuya utilización o recomendación pretenden hacer cesar. Tales acciones, no obstante, podrán ser ejercitadas en todo caso durante el año siguiente a la declaración judicial firme de nulidad o no incorporación que pueda dictarse con posterioridad como consecuencia de una acción individual. La acción declarativa es imprescriptible.”

<sup>44</sup> Directiva 95/46/CE.



Es necesario que se haya producido un supuesto constitutivo de infracción muy grave, de acuerdo con las normas nacionales aplicables. Dicha infracción puede consistir en la utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan. Esto es, se podría ejercitar la potestad de inmovilización de ficheros en el supuesto de que una empresa cediese su fichero con los datos personales de todos sus trabajadores a una entidad bancaria para que les ofreciese sus productos y servicios financieros a los trabajadores.

La potestad de inmovilización opera en dos supuestos: en el requerimiento al responsable del fichero, sea de titularidad pública o privada, para que cese en la utilización o cesión ilícita de los datos y, desatendido en su caso el requerimiento, el director de la Agencia de Protección de Datos, mediante resolución motivada, podrá inmovilizar los ficheros a efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

Debe tenerse en cuenta que la inmovilización de los ficheros es posible a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas. La motivación de la resolución deberá ser consecuencia de la ponderación de la necesidad de la medida en relación con los fines que la justifican. Por ello basta una motivación sucinta y no necesariamente compleja y extensa.

El plazo de la medida dependerá de las circunstancias del caso concreto, de la naturaleza del daño, y, finalmente, de la clase de infracción que determina ese daño, a no ser que la concreta norma nacional aplicable determine un plazo concreto.

Las normas nacionales en materia de protección de datos recogen los supuestos de actuaciones preventivas o ejecutivas similares sin alusión a la gravedad de la situación de hecho que pueda justificar la inmovilización de ficheros. Así, por ejemplo, es función de la Agencia de Protección de Datos, requerir a los responsables y los encargados de los tratamientos, previa audiencia de éstos, la adopción de las medidas necesarias para la adecuación del tratamiento de datos a las disposiciones de la Ley y, en su caso, ordenar la cesación de los tratamientos y la cancelación de los ficheros cuando no se ajuste a sus disposiciones<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> La Ley Orgánica, 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en su artículo 49 regula la potestad de inmovilización de ficheros, estableciendo que en los supuestos, constitutivos de infracción muy grave, de utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las



En el supuesto previsto como infracción muy grave en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, consistente en la utilización o cesión ilícita de los datos de carácter personal en la que se impida gravemente o se atente de igual modo contra el ejercicio de los derechos de los ciudadanos y el libre desarrollo de la personalidad que la Constitución y las leyes garantizan, el Director de la Agencia Española de Protección de Datos podrá, en cualquier momento del procedimiento, requerir a los responsables de ficheros o tratamientos de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos<sup>46</sup>.

### 3. COMUNICACIONES COMERCIALES Y PUBLICIDAD

#### 3.1. LAS COMUNICACIONES COMERCIALES

Las comunicaciones comerciales<sup>47</sup> por vía electrónica, reguladas en parte por la Ley General de Telecomunicaciones<sup>48</sup>, adaptándose a lo establecido en la normativa comunitaria<sup>49</sup>, se regirán por su normativa propia y vigente en materia comercial y de publicidad.

leyes garantizan, el Director de la Agencia de Protección de Datos podrá, además de ejercer la potestad sancionadora, requerir a los responsables de ficheros de datos de carácter personal, tanto de titularidad pública como privada, la cesación en la utilización o cesión ilícita de los datos. Si el requerimiento fuera desatendido, la Agencia de Protección de Datos podrá, mediante resolución motivada, inmovilizar tales ficheros a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

<sup>46</sup> Así se establece en el artículo 121 del Real Decreto 1720/2007 de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal. Dicho requerimiento deberá ser atendido en el plazo improrrogable de tres días, durante el cual el responsable del fichero podrá formular las alegaciones que tenga por convenientes en orden al levantamiento de la medida. Si el requerimiento fuera desatendido, el director de la Agencia Española de Protección de Datos podrá, mediante resolución motivada, acordar la inmovilización de tales ficheros o tratamientos, a los solos efectos de restaurar los derechos de las personas afectadas.

<sup>47</sup> De acuerdo con el artículo 2, f) de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, DOL 178 de 17 de julio de 2000, entenderemos por comunicaciones comerciales “todas las formas de comunicación destinadas a proporcionar directa o indirectamente bienes, servicios o la imagen de una empresa, organización o persona con una actividad comercial, industrial, artesanal o de profesiones reguladas. No se consideran comunicaciones comerciales en sí mismas las siguientes: los datos que permiten acceder directamente a la actividad de dicha empresa, organización o persona y, concretamente el nombre de dominio o la dirección de correo electrónico; las comunicaciones relativas a los bienes, servicios o a la imagen de dicha empresa, organización o persona, elaboradas de forma independiente de ella, en particular cuando éstas se realizan sin contrapartida económica”.

En todo caso, será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo, en esencial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales y la Ley 34/2002, de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones.

<sup>49</sup> Consciente de los importantes logros obtenidos, la Unión Europea ha dirigido sus esfuerzos a consolidar el marco armonizado de libre competencia en las telecomunicaciones alcanzado en sus Estados miembros. Este esfuerzo ha desembocado en la aprobación de un nuevo marco regulador de las comunicaciones electrónicas, compuesto por diversas disposiciones comunitarias. Se trata de la Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/20/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/22/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/19/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión; la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas; la Directiva 2002/77/CE, de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; y, finalmente, la Decisión núm. 676/2002/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea. Mediante la Ley General de Telecomunicaciones se trasponen las citadas directivas. Como recoge la Exposición de Motivos de la misma, la nueva regulación comunitaria supone una profundización en los principios ya consagrados en la normativa anterior, basados en un régimen de libre competencia, la introducción de mecanismos correctores que garanticen la aparición y viabilidad de operadores distintos a los titulares del antiguo monopolio, la protección de los derechos de los usuarios, la mínima intervención de la Administración en el sector, el respeto de la autonomía de las partes en las relaciones entre operadores y la supervisión administrativa de los aspectos relacionados con el servicio público, el dominio público y la defensa de la competencia. Esta ley, junto con su necesario desarrollo reglamentario, incorpora al ordenamiento jurídico español el contenido de la normativa comunitaria citada, respetando plenamente los principios recogidos en ella, aunque adaptándolo a las peculiaridades propias del derecho y la situación económica y social de nuestro país. Esto último, además, propiciado por el instrumento jurídico formal en que se plasma la regulación comunitaria, esto es, la directiva, que permite que los Estados miembros elijan la vía idónea para incorporar a cada país la regulación armonizada. Ha sido un criterio inspirador de este texto legal una simplificación de la regulación contenida en él. De este modo, se pretende la existencia de una norma legal que garantice los principios básicos ya expuestos, pero que, a la vez, aporte la necesaria flexibilidad para un texto con vocación de permanencia.

<sup>50</sup> Artículo 1 de la LSSICE: "1. Es objeto de la presente Ley la regulación del régimen jurídico de los servicios de la sociedad de la información y de la contratación por vía electrónica, en lo referente a las obligaciones de los prestadores de servicios incluidos los que actúan como interme-

Y es que este tipo de comunicaciones plantean dos problemas diferenciados, por un lado, el de la protección de datos de carácter personal, en tanto en cuanto el destinatario sea una persona física en el sentido de dónde y cómo se ha obtenido su dirección de correo electrónico, y si media consentimiento del afectado, y el segundo problema es el del *spam*<sup>51</sup>, práctica que puede bloquear el servidor del receptor o del emisor.

Las comunicaciones comerciales realizadas por vía electrónica deberán ser claramente identificables como tales y deberán indicar la persona física o jurídica en el nombre de la cual se realizan<sup>52</sup>. Si ésta se realiza por correo electrónico u medio de comunicación electrónica equivalente, deberán incluir al comienzo del mensaje la palabra “publicidad”<sup>53</sup>. En los supuestos de ofertas promocionales, como las que incluyen descuentos, premios o regalos, además del cumplimiento de los requisitos anteriores, será necesaria la autorización correspondiente previa, así como, que las condiciones de acceso y participación se fijen de manera clara e inequívoca<sup>54</sup>.

diarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.”

<sup>51</sup> La expresión *spam* corresponde originariamente al nombre de un tipo de carne enlatada con especias – jamón con especias (*spiced ham*) – producida por Hormel Foods a partir de 1926, cuya principal característica es que no requería refrigeración. Esta característica la hizo principalmente atractiva para el ejército y la popularizó durante la Segunda Guerra Mundial. Según algunos comentaristas, David SORKIN, en *Technical and Legal Approaches to Unsolicited Electronic Mail*, U. S. F. L. Rev. 325, 2001, entre otros muchos, la expresión adquirió relación con las comunicaciones electrónicas a partir de un episodio que tuvo lugar a mediados de los ochenta en el que un participante de un MUSH (*multi-used share hallucination*, es un tipo de MUD (un entorno simulado, generalmente con base de texto). Algunos son diseñados únicamente con fines de diversión y otros son desarrollados con propósitos más serios como el desarrollo de *software* o educación en general. Una característica significativa de la mayoría de los MUDs es que los usuarios pueden crear cosas que permanecen una vez que ellos han dejado el escenario y con los cuales otros usuarios pueden interactuar, permitiendo de esta manera la construcción gradual y colectiva de un mundo] creó y usó un macro que repetidamente *tipeaba* la palabra *spam* interfiriendo con la posibilidad de participar de otros. En un principio la expresión se utilizó para referir a artículos u otros tipos de adiciones puestas en grupos de noticias u otros foros de discusión vulnerando las reglas de dichos foros. Posteriormente el uso de la expresión derivó hacia los mensajes de correo electrónico no deseados enviados masivamente. Actualmente la expresión *spam* se utiliza para designar cualquier especie de comunicación no solicitada.

<sup>52</sup> En lo que se refiere a las comunicaciones comerciales, la LSSICE en su Exposición de Motivos, establece que las comunicaciones comerciales deben identificarse como tales, y prohíbe su envío por correo electrónico u otras vías de comunicación electrónica equivalente, salvo que el destinatario haya prestado su consentimiento.

<sup>53</sup> Para el Ministerio de Ciencia y Tecnología, la palabra “Publicidad” debe ir en el Asunto del Mensaje.

Queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas, salvo cuando exista una relación contractual previa, siempre que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario y los empleara para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean similares a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente. En todo caso, el prestador deberá ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija.<sup>55</sup>

Es más, el destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente. A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

Cuando los prestadores empleen dispositivos de almacenamiento y recuperación de datos en equipos terminales (como el uso de identificadores o *cookies*<sup>56</sup>), informarán a los destinatarios de manera clara y completa sobre

---

<sup>54</sup> Si la comunicación comercial se produce a través del correo electrónico y no ha sido solicitada por el destinatario, es decir, no se le han remitido a petición propia, además de que ha de ser recibida de acuerdo con los requisitos ya mencionados, los Estados Miembros han de garantizar, sin perjuicio de las Directivas 97/7/CE (derogada por la Directiva 2011/83 UE), DOL 144 de 4 de junio de 1997 y 97/66/CE (derogada por la Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre de 1997, DOL 24 de 30 de enero de 1998), que los prestadores de servicios que realicen comunicaciones comerciales no solicitadas, consulten regularmente las listas de exclusión voluntaria (*opt-out*) en las que podrán inscribirse las personas físicas que no deseen recibir tales comunicaciones y las respeten. Este régimen se establece en el artículo 20 de la LSSICE.

<sup>55</sup> Artículo 21, de la LSSICE, modificado por la LGT, en su Disposición Final Primera.

<sup>56</sup> Una *cookie* (literalmente *galleta*) es un fragmento de información que se almacena en el disco duro del visitante de una página web a través de su navegador, a petición del servidor de la página. Esta información puede ser luego recuperada por el servidor en posteriores visitas. Las inventó Lou Montulli, un antiguo empleado de *Netscape Communications Corporation* (es una empresa de software famosa por ser la creadora del navegador web Netscape Navigator). Dado que el Protocolo de Transferencia de HiperTexto (HTTP) es un protocolo sin estados (no almacena el

su utilización y finalidad, ofreciendo la posibilidad de rechazar el tratamiento mediante un procedimiento sencillo y gratuito, salvo que se realice para efectuar o facilitar técnicamente la transmisión de una comunicación por una red de comunicaciones electrónicas, o en la medida en que resulte necesario para la prestación de un servicio de la Sociedad de la Información expresamente solicitado por el destinatario.

El envío de correos electrónicos no solicitados posee costes relevantes que radican mayoritariamente en los usuarios y en los proveedores de servicios de Internet. Se trata, además, de una práctica que se difunde con bastante indiferencia de las fronteras territoriales.

### 3.2. SPAMWARE Y PROVEEDORES DE SERVICIOS DE SPAM

Actualmente quienes incurren en la práctica del *spam*<sup>57</sup> utilizan dos tipos de herramientas, las primeras sirven para recolectar direcciones de correo electrónico y las segundas para enviar las comunicaciones electrónicas masivas no deseadas.

---

estado de la sesión entre peticiones sucesivas), las cookies proporcionan una manera de conservar información entre peticiones del cliente, extendiendo significativamente las capacidades de las aplicaciones cliente/servidor basadas en la Web. Mediante el uso de cookies se permite al servidor Web recordar algunos datos concernientes al usuario, como sus preferencias para la visualización de las páginas de ese servidor, nombre y contraseña, productos que más le interesan, etc.

De esta forma, los usos más frecuentes de las *cookies* son: Llevar el control de usuarios: cuando un usuario introduce su nombre de usuario y contraseña, se almacena una *cookie* para que no tenga que estar introduciéndolas para cada página del servidor. Sin embargo una *cookie* no identifica a una persona, sino a una combinación de computador y navegador; Ofrecer opciones de diseño (colores, fondos, etc) o de contenidos al visitante; Conseguir información sobre los hábitos de navegación del usuario, e intentos de *spyware*, por parte de agencias de publicidad y otros. Esto puede causar problemas de privacidad y es una de las razones por la que las *cookies* tienen sus detractores. Originalmente, sólo podían ser almacenadas por petición de un CGI [Interfaz de entrada común - en inglés *Common Gateway Interface* -, es una importante tecnología de la World Wide Web que permite a un cliente (explorador web) solicitar datos de un programa ejecutado en un servidor web. CGI especifica un estándar para transferir datos entre el cliente y el programa. Es un mecanismo de comunicación entre el servidor web y una aplicación externa cuyo resultado final de la ejecución son objetos MIME (*Multipurpose Internet Mail Extensions*, - Extensiones de Correo Internet Multipropósito -, son una serie de convenciones o especificaciones dirigidas a que se puedan intercambiar a través de Internet todo tipo de archivos, tales como texto, audio, vídeo, etc., de forma transparente para el usuario. Una parte importante del MIME está dedicada a mejorar las posibilidades de transferencia de texto en distintos idiomas y alfabetos) Las aplicaciones que se ejecutan en el servidor reciben el nombre de CGI[s] desde el servidor, pero Netscape dio a su lenguaje Javascript (lenguaje de programación interpretado, es decir, que no requiere compilación, utilizado principalmente en páginas web, con una sintaxis semejante a la del lenguaje Java y el lenguaje C) la capacidad de introducirlas directamente desde el cliente, sin

A estas dos herramientas en conjunto se les denomina *spamware*. Las herramientas de recolección, como Target 98, Post News 2000 y Atomic Harvester 2000, permiten recolectar direcciones de correo electrónico de la Red y de grupos de discusión. Aún cuando existen listas de correos electrónicos disponibles para la venta, la ventaja de las herramientas de recolección es que evitan (o al menos disminuyen sensiblemente) el número de direcciones duplicadas de correo electrónico que suelen contener las listas. El segundo riesgo que se evita al no optar por listas es que quienes figuren en dichas listas ya hayan sido víctimas de numerosas campañas de *spam* y posean sistemas de filtro y bloqueo.

Las herramientas de recolección son sencillas de utilizar<sup>58</sup> y permiten al usuario discriminar las direcciones que pretende recolectar, exceptuando, por ejemplo,

---

necesidad de CGIs. En un principio, debido a errores del navegador, esto dio algunos problemas de seguridad. Estas vulnerabilidades fueron descubiertas por Esteban Rossi. Las *cookies* pueden ser borradas, aceptadas o bloqueadas según desee, para esto sólo debe configurar convenientemente el navegador web. Las *cookies* constituyen una potente herramienta empleada por los servidores Web para almacenar y recuperar información acerca de sus visitantes. Una *cookie* no es más que un fichero de texto que algunos servidores piden a nuestro navegador que escriba en nuestro disco duro, con información acerca de lo que hemos estado haciendo por sus páginas. Entre las mayores ventajas de las *cookies* se cuenta el hecho de ser almacenadas en el disco duro del usuario, liberando así al servidor de una importante sobrecarga. Es el propio cliente el que almacena la información y quien se la devolverá posteriormente al servidor cuando éste la solicite. Además, las *cookies* poseen una fecha de caducidad, que puede oscilar desde el tiempo que dure la sesión hasta una fecha futura especificada, a partir de la cual dejan de ser operativas. En los últimos meses las *cookies* han atraído un interés considerable en publicaciones sobre temas relacionados con los ordenadores, Internet y la seguridad. A pesar de que los grupos de anunciantes mantienen una guerra particular con ciertas organizaciones que promueven la intimidad en la Red, lo cierto es que las *cookies* continúan usándose extensivamente. La mayoría de los usuarios ya pueden rechazar a voluntad las *cookies* desde sus navegadores o bien desde un número cada vez mayor de programas y extensiones al navegador que las bloquean. De esta manera son libres de elegir si prefieren la navegación con *cookies* o sin ellas, de decidir si desean arriesgar su intimidad a cambio de ciertas comodidades y de una navegación más individualizada. Con el tiempo se verá cuál es el destino de las *cookies*, si caerán en el olvido o se convertirán en estándar aceptado para extender las posibilidades del protocolo HTTP. Lo más importante es que entretanto los usuarios de Internet sean informados acerca de la naturaleza real de las *cookies*, quiénes las usan y para qué, y qué riesgo real suponen para su intimidad. Mientras no surjan estándares al respecto, nada como la información para combatir los miedos irracionales. <<http://es.wikipedia.org>> <<http://www.iec.csic.es>>.

<sup>57</sup> Siguiendo a VEGA VEGA, J. A., en "Comunicaciones comerciales por vía electrónica", Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 4 (octubre-diciembre 2003), pág. 618, podemos definir *spam* como: "todo mensaje de tipo comercial y publicitario enviado a persona o personas determinadas e indiscriminadas, sin que medie solicitud expresa de los receptores o sin su consentimiento, remitidos a direcciones de correo electrónico o a terminales de telefonía móvil o fax".

<sup>58</sup> Este tipo de software funciona navegando por la Red y deteniéndose en aquellos sitios preestablecidos o bien discriminando sitios según algún parámetro indicado por el usuario. Una vez que localiza uno de esos sitios recoge todas las direcciones de correos electrónicos que encuentre.

aquellas que contengan determinados TLDs (*top level domains*), como gov, org, mil, etc. Junto a lo anterior, algunas de estas herramientas poseen la capacidad de rescatar información simultáneamente desde varios sitios y luego filtrarla eliminando aquellas direcciones que se repiten.

Las herramientas de envío presentan dos ventajas. Por una parte permiten al *spammer* enviar cantidades masivas de correo sin que esto lesione al proveedor de servicios de Internet que el *spammer* está utilizando. Por otra, permiten eludir algunos de los filtros que utilizan los usuarios o los operadores de destino para evitar correos no deseados.

Los proveedores de servicios de *spam* pueden agruparse en dos actividades: la realización de campañas de *spam* y la creación de listas. En el primer rubro, el servicio ofrecido es la recolección, el envío de los mensajes y todos aquellos servicios que resulten necesarios para llevar adelante una campaña de publicidad a través de correos electrónicos masivos. En el segundo caso – creación de listas – el servicio ofrecido es la venta de listas de direcciones de correos electrónicos.

La ventaja de los mecanismos de marketing directo es que permiten llegar a los consumidores en términos que, al menos estadísticamente, llamarán su atención con mayor intensidad que mecanismos alternativos como publicidad en las calles o avisos en televisión. Sin embargo, esta práctica posee una serie de costes. En el caso del envío de publicidad por correo regular, por ejemplo, es el avisador quien soporta la gran mayoría de los costes del envío de la publicidad. De esta manera se invertirá en marketing directo en la medida que la ganancia proveniente de la respuesta de los consumidores supere a los costos de alcanzar a los consumidores. En el envío de publicidad masiva por correo electrónico, sin embargo, la ecuación entre costes y beneficios difiere.

En el caso del *spam* la mayoría de los costes del envío no son soportados por quien envía las comunicaciones<sup>59</sup>. En general los costes que asume quien envía el *spam* son el de encontrar un proveedor de servicios de Internet suficientemente inocente, la composición del mensaje y el establecimiento de un sistema de procesamiento de pago por los bienes o servicios, en el caso que los provea el mismo, o bien la contratación de este servicio en caso contrario. El costo marginal de enviar un correo electrónico más es prácticamente inexistente, por lo tanto,

---

<sup>59</sup> Que los *spammer* no soporten la mayoría del costo de su actividad no significa que dicho costo no sea asumido por alguien. Como ya ha sido suficientemente acreditado, los costes siempre radican en alguien, en el caso del envío de *spam* los costes son soportados básicamente por los proveedores de servicios de Internet y los usuarios que reciben correo comercial masivo no solicitado.



los incentivos del emisor son enviar tantos mensajes como sea posible. Junto a los costos marginales prácticamente nulos, el envío masivo se justifica porque la tasa de retorno obtenida por el emisor dependerá del número de correos que envíe. Si se suman ambas cosas el resultado es que aún resulta económicamente razonable enviar diez millones de correos electrónicos aún si las respuestas son muy pocas. En pocas palabras, el envío de correos electrónicos comerciales masivos no deseados es barato y produce resultados. En este sentido, constituye una práctica absolutamente inédita, no existe otra forma de publicidad que se le pueda comparar.

Además de a los proveedores de servicios y a los usuarios, el *spam* puede producir un daño más global a la Red. La proliferación incontrolada del *spam* podría tener un cierto efecto paralizante sobre Internet, ya sea porque el contenido de los mensajes de publicidad disuada a los usuarios a que dejen de interactuar en la Red por temor a que sus datos sean recogidos por *spammer* o porque el número de correos electrónicos no solicitados simplemente sature la Red.

Actualmente existe un nutrido conjunto de normas legales que regulan el tratamiento de datos personales y, con diversidad de enfoques y mayor o menor intensidad, el *spam*. Pueden considerarse cinco opciones al momento de regular el *spam*: la opción prohibitiva<sup>60</sup>, el “etiquetamiento” de *spam* como *spam*<sup>61</sup>, la opción antifraude<sup>62</sup>, la utilización de bienes muebles sin autorización<sup>63</sup> y la opción *opt out*<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> En su versión extrema, la opción prohibitiva consiste en proscribir todo tipo de publicidad comercial no consentida. Una versión más popular consiste en prohibir únicamente el envío de publicidad por correo electrónico cuando esta no haya sido solicitada (esto es lo que se conoce como *opt-in* y que ha sido adoptado en Alemania, Austria, Dinamarca e Italia) o bien exista una relación anterior entre el emisor y el receptor. Este enfoque favorece la regulación de esquemas de *opt-in*, esto significa que solo se permite el envío de publicidad cuando el receptor ha dado su consentimiento explícito para que se le envíe publicidad. La ventaja de este enfoque es evidente, por una parte, reduce significativamente el número de correos enviados y, por otra, solo reciben correos quienes lo desean. El problema es que es poco probable que la exclusión funcione salvo que se tutele la creación de mecanismos que garanticen la obtención del consentimiento por parte de los receptores.

<sup>61</sup> El etiquetamiento de los correos comerciales consiste en indicar en el “asunto” (*subject*) del mensaje su carácter comercial. De esta manera, solo serían permitidos aquellos correos que identificaran con suficiente elocuencia su contenido. Etiquetar correos posee dos ventajas: de una parte, permite a los usuarios disminuir el tiempo y recursos que utilizan bajando correos, de otra facilita el funcionamiento de los filtros que utilicen los usuarios para evitar el ingreso de publicidad a sus respectivas casillas.

<sup>62</sup> El enfoque antifraude consiste en sancionar aquellos correos electrónicos masivos cuando utilizan el nombre de dominio de una tercera parte sin su autorización o, de otra manera,



La Unión Europea es consciente del problema, ya que las comunicaciones comerciales no solicitadas por correo electrónico, también denominadas *spam*, han alcanzado proporciones inquietantes<sup>65</sup>. Este fenómeno es uno de los retos principales a los que se enfrenta Internet. En este contexto, la Comunicación de la Comisión, de 22 de enero de 2004, sobre las comunicaciones comerciales no solicitadas o *spam* [COM (2004) 28] final viene a enumerar una serie de medidas que completan las normas existentes para la lucha contra el *spam*. El objetivo es conseguir que la prohibición del *spam* tenga la máxima eficacia.

disfrazan el verdadero punto de origen del correo electrónico o contienen información falsa o engañosa en la línea del “asunto” del correo electrónico. La importancia de ambos mecanismos es que endosan dos de los problemas más frecuentes en el envío de correos no deseados, a saber, la introducción de nombres de dominio falsos o información de enrutamiento (*routing*) y el despliegue de información engañosa en la línea de asunto del correo electrónico. Ambas prácticas son utilizadas por *spammers* más avanzados para engañar a los servidores y a los usuarios sobre la fuente de los correos electrónicos. Como resulta evidente, el problema de esta solución es que aún las comunicaciones que cumplan con estos requisitos podrían representar una cantidad suficiente para producir problemas a los proveedores de servicios de Internet (quienes deberían invertir en *software* de filtro y bloqueo) y a los usuarios.

<sup>63</sup> Para que el *spammer* sea imputable de la utilización no consentida de bienes muebles, quien la alega debe acreditar algún tipo de interferencia sustancial al ejercicio de su dominio.

<sup>64</sup> Las legislaciones que funcionan con esquemas de *opt-out* permiten el envío de correos masivos no solicitados a menos que el receptor le haya informado al *spammer* que no desea seguir recibiendo correos (*opt-out* específico) o bien el receptor se haya incluido en una lista o registro registros de *opt-out* a través de la cual se informa a los *spammer* que esa persona no desea recibir publicidad. Aunque el *opt-out* es una de las opciones preferidas al momento de legislar sobre *spam* presenta en sus dos versiones bastantes problemas. En el caso del *opt-out* específico, existe alguna evidencia que un número relevante de *spammers* utiliza las cláusulas de remoción para verificar la dirección de correo electrónico del receptor y no lo remueve de sus registros aún cuando este ha utilizado la cláusula de remoción según las instrucciones del *spammer*. En el caso de los registros de *opt-out*, una de las principales críticas es que los mismos registros pueden ser utilizados para recolectar direcciones.

<sup>65</sup> En pocos años, dice la [COM (2004) 28] “el *spam* se ha convertido en un fenómeno especialmente preocupante. Se considera que actualmente más del 50 % del tráfico de correo electrónico a nivel mundial está constituido por *spam*. Y aún más inquietante resulta el índice de crecimiento de este fenómeno, puesto que, en 2001, la proporción se situaba en aproximadamente el 7 %. El *spam* constituye un problema desde muy diversos puntos de vista: Intimidación; Naturaleza engañosa y fraudulenta del *spam*; Carácter perturbador de los *spam* pornográficos; Pérdida de tiempo (vaciado de los buzones de correo electrónico) y coste financiero al usuario (adquisición de programas de filtrado); Costes considerables para las empresas debido a que sus servicios informáticos deben dedicar cada vez más tiempo y dinero a intentar solucionar el problema. El tiempo dedicado a vaciar los buzones supone también una pérdida de eficacia y productividad en el trabajo. Este fenómeno ocasiona, además, costes indirectos por la no recepción de determinados mensajes por obra de las técnicas de filtrado de *spam* actuales. Se ha calculado que, en 2002, el *spam* costó a las empresas europeas 2.500 millones de euros solamente en pérdidas de productividad.”

La Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas de 2002<sup>66</sup> prohíbe el envío de mensajes comerciales no solicitados (por correo electrónico, SMS<sup>67</sup> o MMS<sup>68</sup>) salvo que se haya obtenido previamente el consentimiento del abonado (régimen de consentimiento previo). La instauración de este régimen es una primera etapa imprescindible. No obstante, deben añadirse una serie de medidas complementarias destinadas a que la prohibición del *spam* sea una realidad.

Para ello, la Comunicación propone diferentes tipos de acciones: Medidas que deben tomar las autoridades públicas en ámbitos como recursos y sanciones, mecanismos de denuncia, denuncias transfronterizas, cooperación con terceros países y seguimiento; Acciones técnicas y de autorregulación referidas a los agentes del mercado; Acciones de sensibilización de los consumidores.

La aplicación efectiva del régimen de consentimiento previo debe ser prioritaria en todos los Estados miembros. Será necesario crear unos sistemas de seguimiento y mecanismos que aseguren el cumplimiento de la normativa, incluidos los de tipo transfronterizo. También resultará esencial la cooperación con los países no miembros de la Unión Europea.

En comparación con los recursos judiciales, las sanciones administrativas parecen más adaptadas al problema de las comunicaciones comerciales no solicitadas. Tienen un coste menor y son rápidas. La Comisión propone a los Estados miembros tomar las siguientes medidas: Finalizar la incorporación a su Derecho nacional de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y, en concreto, de las disposiciones sobre las comunicaciones no solicitadas; Evaluar la eficacia de su sistema de recursos y sanciones en caso de infracción y establecer posibilidades adecuadas de que las víctimas reclamen daños y perjuicios; En el caso de los Estados miembros y las autoridades competentes que no dispongan de soluciones administrativas, estudiar la implantación de este tipo de recurso contra el *spam*.

---

<sup>66</sup> Nos referimos a la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas).

<sup>67</sup> SMS, en inglés es acrónimo de Servicio de mensajes cortos ("*Short Message Service*"), sistema de mensajes de texto para teléfonos móviles.

<sup>68</sup> MMS, en inglés es acrónimo de Sistema de mensajería multimedia ("*Multimedia Messaging System*"), un sistema para enviar mensajes multimedia entre teléfonos móviles.

Una aplicación eficaz de las normas existentes implica contar con unos mecanismos de denuncia adecuados. Desde este punto de vista, la creación de buzones electrónicos específicos para recibir denuncias sobre *spam* es una práctica interesante. Este tipo de iniciativas parece, pues, alentar a los usuarios a denunciar las infracciones y contribuye así a que la legislación se aplique más eficazmente. Se facilita también el seguimiento y la evaluación de la amplitud y el alcance del *spam*.

Se anima a los Estados miembros a que evalúen la eficacia de su ordenamiento jurídico para tratar las denuncias de los usuarios y, si procede, lo adapten, establezcan los mecanismos de denuncia adecuados, incluidos buzones electrónicos a los que los usuarios puedan enviar sus denuncias sobre el *spam*.

El tratamiento eficaz de las denuncias transfronterizas es indispensable para poder proteger al máximo a los consumidores en este ámbito. También es esencial que puedan conectarse los mecanismos de denuncia nacionales, de modo que las denuncias formuladas por los usuarios de un Estado miembro referidas a mensajes procedentes de otro Estado miembro sean también atendidas con eficacia. Ahora bien, hoy en día, no todos los Estados miembros disponen de un procedimiento oficial para tratar las denuncias transfronterizas.

Se solicita a los Estados miembros que evalúen la eficacia de sus procedimientos de tratamiento de las denuncias transfronterizas, analicen los obstáculos existentes al intercambio de información y a la cooperación, utilicen un mecanismo de enlace ya existente (o lo creen) para que las autoridades nacionales puedan cooperar en la aplicación de las normas a escala transfronteriza en el territorio de la Unión Europea.

La aplicación efectiva de las normas sobre los mensajes procedentes de terceros países reviste una importancia primordial, ya que una gran parte del *spam* procede de fuera de la UE. El primer objetivo de la cooperación internacional es promover la aprobación de una legislación adecuada en los terceros países. El segundo objetivo es garantizar una aplicación eficaz de las normas aplicables.

La Comisión anima a los Estados miembros a: Participar activamente en foros como la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) en el que se está trabajando sobre el *spam*; Establecer o mejorar la cooperación bilateral con terceros países, así como con el sector privado (en particular, los ISP y los ESP) con el fin de localizar a los remitentes del *spam*.

Las acciones técnicas y de autorregulación atañen esencialmente a los agentes del mercado. Estas medidas afectan a campos como el de las disposiciones

contractuales, los códigos de conducta, las técnicas de venta aceptables, las etiquetas, los mecanismos alternativos de solución de litigios, junto con algunas soluciones técnicas como el filtrado y la seguridad de los servidores.

El régimen de consentimiento previo debería ser la práctica comercial normal de la industria. Para ello, procede promover la autorregulación, e incluso la corregulación, en los ámbitos donde pudiera resultar insuficiente la legislación. En particular, los contratos pueden contribuir a la lucha contra el *spam* si incorporan cláusulas de salvaguardia que protejan los derechos individuales. Un número importante de proveedores de servicios de Internet (ISP) y de proveedores de servicios de correo electrónico (ESP) incluyen ya en los contratos con sus clientes la obligación de no utilizar sus servicios para el envío de *spam*.

El derecho no es la única forma de regular la Red y las soluciones de código y mercado no necesariamente están constreñidas por las limitaciones que sufre el derecho. El derecho enfrenta obstáculos sustanciales para regular la Red. Estos obstáculos son las limitaciones de las soluciones legales.

## 4. CONDICIONES GENERALES Y CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

### 4.1. CONDICIONES GENERALES

Las cláusulas predisuestas por los empresarios, incluidas las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, que se incorporan a contratos tipo o para celebrar con cualquier adherente<sup>69</sup>, son las prácticas más habituales en la contratación electrónica. La oferta genérica aparece en las redes o en cualquier espacio de contratación electrónica como la manera más extendida en esta índole de comercio, sin perjuicio de que puedan existir otras formas más concretas de llevar a cabo la negociación. En los supuestos de adherentes profesionales o no consumidores la contratación electrónica admite más fórmulas, aunque también puede darse la forma de contratación adhesiva. En ambos casos pueden existir por tanto cláusulas predisuestas.

---

<sup>69</sup> El alcance de estas cláusulas predisuestas, en lo que se refiere a la protección de los consumidores y usuarios, nos lo proporciona el artículo 80.1 de la LGDCU, que mantiene un radio de acción restringido al referirse exclusivamente a estos sujetos, en tanto que el artículo 2.3 de la LCGC, en relación a condiciones generales de contratación, se refiere a cualquier adherente, que puede incluir a cualquier profesional sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad.

De la simple lectura de la Exposición de Motivos de la LSSICE, cabe deducir el espíritu que dimana en esta norma de cara a la tutela de los destinatarios de bienes y servicios en el comercio electrónico. La misma conclusión colegimos si nos acercamos al Derecho europeo, en especial la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores<sup>70</sup>.

Sin embargo, la protección que se dispensa en la LSSICE es más amplia que la ofrecida por la normativa europea, pues en la ley nacional quedan englobadas las personas físicas y jurídicas sin necesidad de que actúen fuera del ámbito de la actividad empresarial o profesional. De esta forma, podemos concluir que el empresario que opera por redes telemáticas está más protegido que el que lo hace en el comercio convencional.

En el comercio electrónico, como en la contratación convencional, cabe una negociación particular entre las partes contratantes, en la que cada una puede establecer los pactos y condiciones que tenga por conveniente (negociados por correo electrónico o por medios análogos). Sin embargo, por razones operativas esta práctica no es ni será la más usual. Teniendo en cuenta que muchas veces nos encontramos con contratos de adhesión (*point and click*), es más habitual que las cláusulas estén predispuestas por una de las partes con la finalidad de que se incorporen a una pluralidad de contratos. En este caso es patente que se aplicará indefectiblemente la normativa sobre condiciones generales de contratación, ya que, el contrato electrónico participa de la misma naturaleza del contrato en general, salvo la forma en que se transmite el consentimiento. De ahí que en lo atinente a la perfección no exista otra especialidad que no sea la derivada de esta circunstancia o del hecho de ser un contrato a distancia y normalmente de adhesión, por lo que por razones de economía, tiempo y medios materiales no puede negociarse individualmente cada contrato.

La transposición de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de la contratación, tuvo lugar en nuestro país mediante la promulgación de la Ley 7/98, sobre Condiciones Generales de Contratación, cuyo propósito general se intentó explicitar de forma más bien confusa en la Exposición de Motivos<sup>71</sup>. Aunque la finalidad principal declarada

---

<sup>70</sup> VEGA VEGA, J.A., *Derecho Mercantil Electrónico*, cit., págs. 259 ss.

<sup>71</sup> En relación con el propósito de la Ley, señala RODRÍGUEZ ARTIGAS, F., que: “*La Exposición de Motivos intenta explicar cuáles son los objetivos de la Ley, tarea que realiza de forma confusa como conse-*

de la ley fue la regulación de las condiciones generales de contratación, no dejó de acometer –de forma más bien inapropiada- la protección contra las cláusulas abusivas. Para ello, el legislador, mediante la Disposición Adicional Primera de la ley, modificó la LGDCU de 1984, que fue refundida después en el R.D. Legislativo 1/2007 y que posteriormente ha sufrido múltiples reformas.

En consecuencia, la LCGC tenía por objeto inicialmente la regulación de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, así como la regulación de las condiciones generales de contratación en general. El alcance de esta ley pretendía ser doble: de una parte, la protección de los intereses legítimos de los consumidores en contratos con cláusulas abusivas y, de otra, la de cualquier persona que contrate con otra que utilice condiciones generales en su actividad contractual.

Las sucesivas reformas han dejado el tenor de la LCGC para regular exclusivamente lo que es objeto de su rótulo y, con una proyección más específica, se ha llevado la tutela de las cláusulas abusivas a la legislación de consumidores.

Por tanto, al igual que en la contratación convencional, en el comercio electrónico, además de la aplicación general de la LGDCU (arts. 59.3 y 80-91), tenemos, como norma específica de la materia, la referida LCGC<sup>72</sup>.

En lo atinente al ámbito objetivo, el artículo 1.1 (ámbito objetivo) de la LCGC define como condiciones generales de la contratación las cláusulas predisuestas “cuya incorporación al contrato sea exclusivamente impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”. Es palmario que en este concepto, aplicado al comercio electrónico, subyacen varios requisitos. El fundamento está en la necesidad de predisposición o imposición por la parte oferente del contrato, así como en el hecho de que las cláusulas sean previstas para ser incorporadas a una pluralidad de contratos. No importa

---

*cuencia, entre otras cosas, de las diversas redacciones que ha sufrido el Preámbulo de la Exposición, que, en ocasiones, ha supuesto la supresión de determinados párrafos, supresión que afecta a la correcta comprensión de otros o del conjunto”* (“El ámbito de aplicación de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación”, en *Las Condiciones Generales de Contratación y la Ley 7/1998, de 13 de abril*, Editor S. Espiau Espiau, Ed. Marcial Pons, 1999, pág. 56).

<sup>72</sup> Debe tenerse en cuenta el Decreto 1828/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento del Registro de Condiciones Generales de la Contratación, que define la organización normativa de dicho Registro.

tampoco la autoría material de la cláusula, o que existan otras que sean negociadas individualmente, pues la ley puede aplicarse al resto. Finalmente digamos que las cláusulas han de ser impuestas para que sean aceptadas por el adherente.

En lo que concierne al ámbito subjetivo, la propia LCGC dispone que se aplicará a los contratos celebrados entre un profesional –predisponente- y cualquier persona física o jurídica –adherente- que contengan condiciones generales (art. 2.1). Aclara la norma que se entiende por profesional toda persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional o empresarial<sup>73</sup>, ya sea pública o privada (art. 2.2). También señala la ley que el adherente podrá ser asimismo un profesional, sin necesidad de que actúe en el marco de su actividad. Por consiguiente, es claro que la aplicación de la LCGC tiene un ámbito extensivo, dentro del cual se incluyen tanto los consumidores o usuarios como los profesionales, en tanto que la LGDCU se refiere exclusivamente al consumidor para establecer el ámbito de protección.

El artículo 4 LCGC determina los contratos que quedan excluidos de su regulación: contratos administrativos, de trabajo, relativos a la constitución de sociedades, además de los que regulan las relaciones familiares y los contratos sucesorios. Quedan también excluidas las condiciones generales que reflejen las disposiciones o los principios de los Convenios internacionales en que el Reino de España sea parte, así como las que vengan reguladas específicamente por una disposición legal o administrativa de carácter general y que sean de aplicación obligatoria para los contratantes. Hay que significar que, por disposición expresa de la LGDCU, a los contratos promovidos por Administraciones públicas (y entidades y empresas de ellas dependientes) y que se celebren con consumidores y usuarios, serán de aplicación las normas sobre condiciones generales de contratación previstas en dicho texto legal (recogidas en los arts. 80 y ss.), así como las contenidas en la Ley de Condiciones Generales de Contratación (ver art. 59.3 LGDCU).

El artículo 5.1 de la LCGC dispone que las condiciones generales pasarán a formar parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación

---

<sup>73</sup> Resulta curioso que la LGDCU se incline por el término *empresario* para definir al operador del mercado al que afecta su regulación, indicando que “A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional” (art. 4), en tanto que la LCGC prefiere el vocablo profesional, al cual conceptúa como “toda persona física o jurídica que actúa dentro del marco de su actividad profesional o empresarial” (art. 2.2).



al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Todo contrato deberá hacer referencia a las condiciones generales incorporadas. No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el predisponente no haya informado expresamente al adherente acerca de su existencia y no le haya facilitado un ejemplar de aquellas.

Del mismo modo, y más específicamente, el artículo 27.4 de la LSSICE dispone que “Con carácter previo al inicio del procedimiento de contratación, el prestador de servicios deberá poner a disposición del destinatario las condiciones generales a que, en su caso, deba sujetarse el contrato, de manera que éstas puedan ser almacenadas y reproducidas por el destinatario”.

El precepto anterior coincide con el espíritu del artículo 22 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que establece la obligación del prestador de poner a disposición de los destinatarios de forma clara e inequívoca, antes de la celebración del contrato, o en su caso, antes de la prestación del servicio, entre otros extremos, las condiciones y cláusulas generales, y las relativas a la legislación y jurisdicción aplicable al contrato.

Por su parte, el artículo 97 de la LGDCU subraya dos consideraciones a tal respecto: la información debe hacerse con carácter previo a la contratación, de un lado, y la misma ha de hacerse con la debida antelación, de otro.

Los deberes y cautelas dispuestas con ocasión de la incorporación de las condiciones generales en el proceso de contratación o comercio electrónico no pueden cumplir o suplir, en ningún caso, la verdadera función de control de contenido que se lleva a cabo con las denominadas cláusulas abusivas. Es claro que su función se ciñe a la determinación de la existencia y del contenido contractual predispuesto por el prestador del servicio, sin entrar a valorar su posible eficacia ulterior a tenor del control de contenido a que dé lugar<sup>74</sup>.

La condición general de contratación no es nula en sí misma. Su incorporación a un contrato debe someterse a los requisitos legales (art. 5º LCGC), previniéndose la no incorporación o nulidad de aquellas que contradigan lo dispuesto en la ley (arts. 7-9 LCGC), así como los efectos sobre los contratos en tales casos (art. 10 LCGC).

---

<sup>74</sup> En este sentido ORDUÑA MORENO, F.J., “Derecho de la contratación y condiciones generales”, en *Contratación y Comercio Electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 363.

La LCGC dispone que la redacción de estas cláusulas debe ajustarse a los criterios de transparencia, concreción y sencillez (art. 5.4). Más pormenorizadamente, el artículo 80 de la LGDCU exige varios requisitos en el texto de la cláusula: a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción; b) accesibilidad y legibilidad, en los estrictos términos que marca la norma; c) buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas; d) interpretación favorable al consumidor cuando se suscite alguna duda sobre el sentido de alguna cláusula. Por su parte, el artículo 81 regula la obligación de aprobación e información de las condiciones generales que integren los contratos celebrados con consumidores.

#### 4.2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA

Si en todos los sectores de la contratación se plantea el problema de las cláusulas abusivas, mucho más puede plantearse en el comercio electrónico en el que, en la mayoría de los casos, nos encontramos en presencia de contratos de adhesión con interesados ausentes<sup>75</sup>.

En el ámbito comunitario la Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, sobre comercio electrónico, establece en el Considerando 11 una remisión a la regulación en otras directivas, en especial en la Directiva 93/13, de 15 de abril, sobre cláusulas abusivas, y la Directiva 2009/22, de 23 de abril de 2009, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores<sup>76</sup>.

En Derecho español se acomete por primera vez el problema de las cláusulas abusivas con la Ley 50/1980, sobre contrato de seguro, en especial en su artículo 3. Después se promulgó la ya derogada Ley 26/1984, de 19 de junio.

Todas las normativas quedaron recogidas en la refundición operada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la LGDCU.

---

<sup>75</sup> Véase a este propósito la opinión de TOSI, E., “La conclusione di contratti *on line*”, en *I problemi giuridici di Internet* (Coord. E. Tosi), cit., pág. 159.

<sup>76</sup> Para un mayor detalle de la Directiva puede consultarse PAGADOR LÓPEZ, J., *La Directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid, 1998; EMPARANZA, A., “La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas de los contratos celebrados con consumidores”, en *RDM*, 1994, págs. 461 ss.

La protección dispensada por la legislación española sobre cláusulas abusivas es doble: de un lado, al establecerse unos requisitos de índole formal, se asegura la autenticidad del consentimiento del consumidor (control de inclusión o de incorporación) y, de otro, la imposición de un control sobre el contenido de las cláusulas tiende a garantizar la correspondencia del contenido contractual con las exigencias de la equidad. En los casos en que la decisión acerca de si una cláusula reúne los requisitos de inclusión legalmente establecidos plantee dificultades y se aprecie un evidente carácter abusivo de la misma por ser contraria al principio de la buena fe o altere el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes, el juez puede dejar sin resolver la cuestión de la inclusión y acudir al control del contenido, con lo que es claro que se obtiene una doble garantía de protección contra este tipo de cláusulas<sup>77</sup>.

El régimen de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados por vía electrónica, salvo las especificidades propias del medio, es análogo al de cualquier otro contrato, ya que lo único que cambia es la forma de perfección o de manifestación de la voluntad sin que -como hemos venido diciendo- estemos en presencia de una nueva categoría contractual.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 59.3 de la LGDCU, los contratos celebrados con consumidores que incorporen condiciones generales de contratación están sometidos también a los preceptos de la LCGC. De donde se deduce el doble control que cabe establecer sobre ciertas cláusulas que, sin ser generales de contratación, han de someterse a la normativa de la contratación de los consumidores. Asimismo, las cláusulas abusivas estarán bajo el control de la propia LGDCU (arts. 80 a 91). Esto nos da a entender que hay que diferenciar claramente entre cláusula abusiva y condiciones generales de contratación. Puede existir una cláusula abusiva que no tenga esta condición, y viceversa; pero también pueden existir cláusulas abusivas incorporadas a condiciones generales de contratación. Por eso decimos que, en este último supuesto, el control es doble ya que podrían aplicarse indistinta o complementariamente ambas disposiciones legales.

El artículo 80 de la LGDCU contiene los requisitos que, para su validez jurídica, deben cumplir las cláusulas que se incorporen a contratos celebrados con consumidores no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan

---

<sup>77</sup> En este sentido: ALFARO ÁGUILA-REAL, J., *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 204.

las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes.

El artículo 82 de la LGDCU concreta que, con carácter general, son cláusulas abusivas “todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato”. Es manifiesto que este artículo constituye una mera transposición de la Directiva 93/13/CEE, en especial de su artículo 3.1, en el que se alude a la no negociación individual y al desequilibrio que causa en el consumidor, pese a la exigencia de la buena fe<sup>78</sup>.

## 5. RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS INTERMEDIARIOS EN INTERNET Y OTRAS REDES

La LSSICE, en sus artículos 13 a 16, prevé el régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información. Esta responsabilidad es la que nace como consecuencia de los datos o la información que se proporcionan a través de la red, y, por lo que respecta a los proveedores de acceso<sup>79</sup>, de alojamiento<sup>80</sup> y prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados, es básicamente una responsabilidad por hecho propio y, en la mayoría de los casos, el criterio de imputación es subjetivo, pues las causas de exoneración de la responsabilidad de éstos pasan por no haber tenido conocimiento de la infracción o no haber tomado parte activa en la misma; no se impone además a los intermediarios electrónicos un deber general de supervisión de la información que a través de ellos se proporciona. Sin embargo, también se encuentra algún

---

<sup>78</sup> En la redacción del actual Texto Refundido de la LGDCU se aprecia una mayor cobertura para los consumidores y usuarios en relación con el tenor de la Ley de 1984, ya que, además de referirse a estipulaciones no negociadas, en la actual redacción se alude también, con buen criterio, a “prácticas no consentidas expresamente”, pues es palmario que en el uso comercial suelen aplicarse prácticas o usos comerciales que, de ser impuestos y abusivos, pueden alterar la paridad contractual.

<sup>79</sup> Según CAVANILLAS MÚGICA, S., en *Deberes y Responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento. Un análisis multidisciplinar*, Ed. Comares, Granada, 2005, pág. 25, “son servidores de acceso a Internet que facilitan el mismo a una red de telecomunicaciones”.

<sup>80</sup> La LSSICE define en su artículo 16 al servicio de alojamiento o almacenamiento de datos como aquel “servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio”.

supuesto en que el criterio de imputación es objetivo (por ejemplo, seleccionar los destinatarios de la información<sup>81</sup>).

La LSSICE establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en la misma, les será de aplicación, además, las reglas de la responsabilidad civil, penal y administrativa establecidas con carácter general en el ordenamiento jurídico. La responsabilidad de un prestador de servicios de la Sociedad de la Información depende de la actividad que realice el prestador de servicios.

Los operadores de redes de telecomunicaciones y proveedores de acceso a una red de telecomunicaciones que presten un servicio de intermediación que consista en retransmitir datos, facilitados por el destinatario del servicio, por una red de telecomunicaciones, o en facilitar el acceso a ésta, no serán responsables por la información transmitida, salvo que ellos mismos la hayan originado, modificado o seleccionado los datos o los destinatarios de estos. No se entenderá por modificación la manipulación estrictamente técnica de los archivos que tienen los datos durante su transmisión. De igual modo, las actividades de transmisión y provisión incluyen el almacenamiento automático, provisional y transitorio de los datos, siempre que se utilicen para permitir la transmisión y por el tiempo estrictamente necesario para ello.

Otro supuesto es el de la copia temporal de los datos facilitados por los usuarios, así, de esta manera, los prestadores de servicio de intermediación que, con la única finalidad de facilitar la ulterior transmisión de datos facilitados por el destinatario, los almacenen de forma provisional, temporal y automática, no serán responsables por el contenido ni la reproducción temporal de los mismos sí: a) No modifican la información. b) Permiten el acceso a ella sólo a los destinatarios que cumplan las condiciones impuestas a tal fin, por el destinatario cuya información se solicita. c) Respeten las normas generalmente aceptadas y aplicadas por el sector para la actualización de la información. d) No interfieren en la utilización lícita de tecnología generalmente aceptada y empleada por el sector, con el fin de obtener datos sobre la utilización de la información. e) Retiran la información que hayan almacenado o hacen imposible el acceso a ella, en cuanto tengan conocimiento efectivo de: 1º Que ha sido retirada del lugar de la red en que se encontraba inicialmente. 2º Que se ha imposibilitado el acceso a ella. 3º Que un tribunal u órgano administrativo competente ha ordenado retirarla o impedir que se acceda a ella.

---

<sup>81</sup> Vid. CLEMENTE, M. E., *Responsabilidad civil y contratos en Internet*, Granada, 2003, págs. 113 y 116.

El tercer supuesto que nos ocupa, corresponde al alojamiento o almacenamiento de datos por parte de los prestadores de servicios de intermediación que presten el servicio de alojamiento de datos a petición del destinatario. Éstos no serán considerados responsables, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo que la actividad o la información almacenada es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos<sup>82</sup>.

Para determinar cuando el prestador tiene conocimiento efectivo, servirá con que un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenado su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos o se hubiera declarado la existencia de la lesión y el prestador tuviera conocimiento de la correspondiente resolución, sin perjuicio de los procedimientos que los prestatarios apliquen a la detección y retirada de contenidos basados en acuerdos voluntarios y de otros medios de conocimiento efectivo que pudieran establecerse.

Para que opere en todo caso esta exención de responsabilidad, el destinatario del servicio no deberá haber actuado bajo la dirección, autoridad o control del prestador.

El último supuesto regulado, es el de la responsabilidad de los prestadores que faciliten enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda. Éstos no serán responsables, siempre que: a) No tengan conocimiento efectivo que la actividad o la información a la que remiten o recomiendan es ilícita o que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización o, b) Si lo tienen, actúen con diligencia para suprimir o inutilizar el enlace correspondiente.

Para determinar cuando el prestador tiene conocimiento efectivo, se aplicarán las mismas reglas que en el supuesto anterior. De igual manera deberá actuarse para operar la exención de responsabilidad.

El artículo 1.101 del CC establece la obligación de indemnizar daños y perjuicios en el caso de que el deudor no cumpla o cumpla defectuosamente<sup>83</sup>.

Los proveedores de acceso responden, en todo caso, de los daños tanto patrimoniales<sup>84</sup> como morales que pueda causar al consumidor su incumplimiento

---

<sup>82</sup> *Vid.* CAVANILLAS MÚGICA, S., ob. ult. cit., pág. 157.

<sup>83</sup> No hay que perder de vista las peculiaridades de la responsabilidad contractual en relación al plazo de prescripción de la acción para hacerla efectiva, pues mientras que en dicha responsabilidad este plazo es de 15 años, según el artículo 1964 del Código civil, la acción para exigir la responsabilidad extracontractual prescribe al año desde que el agraviado conoció el daño.

del contrato, cuya prestación fundamental es la del servicio de acceso a la red con las concretas características de calidad que se hayan pactado en cada supuesto. Y en el mismo sentido, los proveedores de alojamiento responden de cualesquiera daños que haya podido ocasionar al consumidor el incumplimiento de su prestación de alojamiento con las particulares condiciones técnicas que se pactaron en el contrato. En definitiva, unos y otros responderán en los casos en que no se cumpla lo pactado en los respectivos contratos<sup>85</sup>.

El incumplimiento puede ser doloso, para lo cual resulta suficiente que el deudor infrinja a sabiendas la obligación, sin que sea necesario que tenga intención

---

<sup>84</sup> Aunque éstos excluyen el lucro cesante, pues al ser el perjudicado un consumidor no puede destinar el bien o servicio a la producción: *Vid.* en este sentido, BERCOVITZ R., “Comentario al artículo 25”, en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, pág. 685.

<sup>85</sup> Aunque, hasta el momento hay escasos pronunciamientos al respecto, el 2 de enero de 2004 se dicta una sentencia por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 3 de Pola de Siero, en la que se condena a un proveedor de acceso a resolver el contrato, a devolver la mitad de las cantidades pagadas por el usuario por la prestación del servicio y a indemnizarle por los daños morales, como consecuencia de haberse incumplido lo que el proveedor anunciaba en su publicidad en cuanto a la prestación del servicio (concretamente, la velocidad de conexión que se proporcionaba era inferior a la ofertada). Como siempre que se causan daños a los consumidores, resulta excesivamente gravoso para éstos acudir a los tribunales, por lo que es difícil encontrar jurisprudencia sobre la materia, a no ser que se produzca la movilización de las asociaciones de consumidores. También, la Sentencia de la Audiencia Provincial núm. 226/2004 Madrid (Sección 13), de 24 febrero Recurso de Apelación núm. 380/2003. AC 2004\1194, en un supuesto de incumplimiento contractual por parte de la proveedora de los servicios, viene a establecer lo siguiente: “Tiene dicho el Tribunal Supremo (Sentencia de 25 de febrero de 2000 [RJ 2000\1245]) que «si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación absoluta y radical, y que en casos en que los daños y perjuicios se presentan como reales y efectivos, no viene a ser necesario acreditar su realidad cuantificada, por ser consecuencia forzosa del incumplimiento decretado, que fue provocado única y exclusivamente por la parte demandada, lo que determina por sí la obligación reparadora que surge como efecto inevitable (Sentencias de 24 de enero de 1975 [RJ 1975\95], 5 de junio de 1985 [RJ 1985\3094], 30 de septiembre de 1988 [RJ 1988\6393], 7 de diciembre de 1990 [RJ 1990\9900], 15 de abril y 15 de junio de 1992 [RJ 1992\5136])». Tal ocurre en el caso de autos en que es incuestionable que el demandante tenía interés en disponer de un acceso rápido a Internet del que se vio privado durante cuatro meses por incumplimiento de la contraparte contractual, por lo que, cualquiera que fuese la aplicación que quería dar al uso del servicio contratado, se produjo un perjuicio cuya reparación debe acordar el Tribunal, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.101 del Código Civil (LEG 1889\27), estimando como mínimo, en 1.200 euros la valoración del perjuicio. En estos términos se acogerá parcialmente este primer motivo del recurso.”



de dañar o de causarle perjuicios al acreedor<sup>86</sup>, con las consecuencias más gravosas que prevé el Código civil para estos casos<sup>87</sup>. Este tipo de incumplimiento, como se sabe, no admite ponderación por los tribunales respecto a la indemnización exigible. Así pues, cuando el intermediario electrónico deje de cumplir de forma voluntaria las diferentes prestaciones a que se comprometió al celebrar el contrato (disponibilidad, calidad del acceso,...), deberá responder por incumplimiento doloso del contrato mismo en las cantidades previstas en el artículo 1.107,<sup>288</sup> del Código civil.

Pero también deberá responder cuando el incumplimiento no sea doloso, y aquí la doctrina<sup>89</sup> considera que en el artículo 1.107,<sup>190</sup> del Código civil se delimitan los daños de los que se debe responder tanto por el deudor culposo como por el no culposo (en caso de que en el contrato o en la ley se estableciese una responsabilidad objetiva).

El artículo 1.103<sup>91</sup> del Código civil, relativo a los casos de incumplimiento culpable, permite al juez moderar la indemnización debida por el deudor. Habrá que analizar las diferentes circunstancias que se dan en el caso, a los efectos de moderarse o no la indemnización. Ciertamente, el intermediario electrónico es un profesional y, por lo tanto, le es exigible que cumpla con la diligencia de un profesional en su campo (*lex artis*<sup>92</sup>); no obstante, creo que aquí podría distinguirse cuando el intermediario actúa gratuitamente de cuando lo hace de forma onerosa.

<sup>86</sup> Vid. YZQUIERDO M., *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Dyckinson, Madrid, 2001, pág. 236.

<sup>87</sup> El Código civil, en su artículo 1.107, establece lo siguiente: “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”.

<sup>88</sup> “En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación”

<sup>89</sup> Vid. por todos LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo II, Vol. I, Madrid, 1999, pág. 210.

<sup>90</sup> “Los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento”.

<sup>91</sup> “La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.”

<sup>92</sup> La expresión *lex artis* – literalmente, “ley del arte”, ley artesanal o regla de actuación de la que se trate – se ha venido empleando de siempre, para referirse a un cierto sentido de apreciación sobre si la tarea ejecutada por un profesional es o no correcta o se ajusta o no a lo que debe hacerse, de forma que si la actuación se adecua a las reglas técnicas pertinentes se habla de “un buen profesional, un buen técnico, un buen artesano”, y de una buena “praxis” en el ejercicio

Dicho precepto se limita a establecer una posible reducción del *quantum*, pues las circunstancias del caso (no la intensidad de la culpa) pueden aconsejar que el juez condene a una indemnización de menor importe, y el carácter gratuito del contrato podría ser una de las circunstancias que diesen lugar a la reducción del importe. Incluso entre los contratos gratuitos habría que distinguir aquéllos en que mediante publicidad, u otros medios, el intermediario electrónico obtiene importantes beneficios económicos, de aquellos otros en que no obtiene tan importantes beneficios.

Respectos de los daños de los que se debe responder el legislador distingue si el deudor ha actuado de buena fe, en cuyo caso únicamente deberá responder de los daños previstos y previsibles en el momento de la celebración del contrato y que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento; o que haya actuado de mala fe, y en este caso el deudor responderá de los daños que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento. Sin embargo, esta distinción se hace cada vez menos marcada en la práctica, pues la jurisprudencia tiende a igualar esos daños<sup>93</sup>.

de una profesión. Suele aplicarse el principio de la *lex artis* a las profesiones que precisan de una técnica operativa y que plasman en la práctica unos resultados empíricos. La diversidad de situaciones y circunstancias concurrentes en las actividades médicas ha generado una multiplicidad de reglas técnicas en el ejercicio de la profesión, hasta el punto de que se ha hablado de que “para cada acto, una ley”. Las singularidades y particularidades de cada supuesto influyen, pues, de manera decisiva en la determinación de la regla técnica aplicable al caso. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hablen de *lex artis ad hoc* como módulo rector o principio director de la actividad médica. Si la *lex artis* significa el modo de hacer las cosas bien, la *malpraxis* sería no cumplir adecuadamente, salvo justificación razonada, con las reglas y preceptos destinados a este fin. Es decir, *malpraxis* puede significar no seguir la *lex artis*. La *malpraxis* implica una ruptura con “las reglas del juego”, un apartarse del camino del buen hacer, una desviación o viciamiento del acto médico al referirnos a *malpraxis* médica en particular. Por otro lado, y a la hora de preguntarnos a quién corresponde probar si ha existido o no una infracción de este criterio de normalidad que supone la *lex artis*, hemos de remitirnos a lo que dice la ley. Así, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000 de 7 de enero impone, al respecto de la carga de la prueba, que ha de ser el particular y no el médico, el que ha de acreditar la existencia del daño primero, la relación de causalidad después y en último lugar, la violación de la *lex artis*. Pero a la vez y paralelamente, tampoco debemos olvidar que el daño puede deberse al defecto, a la insuficiencia o incluso a la falta de coordinación objetiva en el servicio, lo que en muy pocas ocasiones depende del médico individualmente considerado, sino más bien de la Administración.  
<sup>93</sup> Vid. CAVANILLAS MÚGICA, S., *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*. (con TAPIA FERNÁNDEZ), Madrid, 1992, pág. 37.

La Revista de Estudios Económicos y Empresariales recibió este artículo el 15 de junio de 2017 y fue aceptado para su publicación el 15 de septiembre de 2017.